

Der Treuhänder nach dem Hypothekenbankgesetz und die Aufsichtsbehörde

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg / Brsg.

vorgelegt von
HERWIG PRAXL

1965

1966





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER TREUHÄNDER NACH DEM
HYPOTHEKENBANKGESETZ
UND DIE AUFSICHTSBEHÖRDE

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg/Brsg.

vorgelegt von

Herwig Praxl

1965

Dekan: Professor Dr. Erich STREISSLER
1. Berichterstatter: Professor Dr. D. Hans GERBER
2. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz RITTNER

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Februar 1966



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	1
I. ENTWICKLUNGSGESCHICHTE; WIRTSCHAFTLICHE UND RECHTLICHE GRUNDLAGEN	4
A. Der Pfandbrief als Ansatzpunkt für den Hypotheken- banktreuhänder und die ursprüngliche Hypotheken- bankaufsicht	4
B. Die Entwicklung des Pfandbriefs und der Pfandbrief- institute in Deutschland	5
1.) Die preußischen Landschaften und der alte Pfandbrief	5
2.) Die "Neuen Landschaftlichen Pfandbriefe"	8
3.) Die Entwicklung des privaten Hypotheken- bankwesens und die Sicherung der Pfandbrief- gläubiger bis 1900	10
4.) Das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899	14
a) Der 1. Gesetzentwurf	14
b) Der 2. Gesetzentwurf	15
c) Änderungsvorschläge der Reichstagskommission und die endgültige Gesetzesfassung	16
d) Die Entwicklung unter dem Hypothekenbankgesetz	18
e) Die Änderungsgesetze zum Hypothekenbankgesetz	19
C. Das Verhältnis zwischen Staat und Pfandbriefanstalten und die Entwicklung der Hypothekenbank-Aufsicht	20
D. Das Interesse von Hypothekenbanken, Schuldverschrei- bungsgläubigern und Staat an der Sicherheit der Schuldverschreibungen und der Tätigkeit des Treuhänders	27
1. Das Interesse der Hypothekenbanken	27
2. Das Interesse der Schuldverschreibungsgläubiger	28
3. Das Interesse des Staates	28
4. Die Funktion des Treuhänders und das Interesse an seiner Tätigkeit	31

II. DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN AUFSICHTSBEHÖRDE UND TREUHÄNDER IM EINZELNEN. EINE ANALYSE DES POSITIVEN RECHTS	33
A. Die gesetzlichen Aufgaben von Aufsichtsbehörde und Treuhänder. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	33
1. Konforme Aufgaben von Aufsichtsbehörde und Treuhänder	33
2. Verschiedene Aufgaben - ähnlicher Zweck	36
B. Die Bestellung und Abberufung des Treuhänders. Rechtsnatur und Voraussetzungen dieser Akte	38
1. Die Bestellung als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt	38
2. Persönliche Voraussetzungen für die Bestellung	44
a) Allgemeines	44
b) Kann ein Beamter zum Treuhänder ernannt werden?	45
3. Die Abberufung des Treuhänders	49
4. Die Form der Bestellung und Abberufung	50
C. Ist der Treuhänder nach dem HypBG ein staatlicher Organwalter oder eine beliehene Person?	52
1. Problemstellung	52
2. Stellungnahmen in der Rechtsprechung	54
3. Die einzelnen Stellungnahmen in der Literatur	56
a) Stimmen, die eher für eine Zuordnung zur Aufsichtsbehörde sprechen	56
b) Stimmen gegen eine staatliche Organwalter- stellung	63
4. Die Argumente für und wider eine Organwalter- stellung	64
D. Einzelne Rechtsbeziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder	69
1. Gesetzlich ausdrücklich normierte Rechte und Pflichten	69

V

a) Die Auskunftspflicht und das Weisungsverbot nach § 29 Abs. 3 HypBG	69
b) Der Vergütungsanspruch des Treuhänders	75
2. Das Bestellungs- und Abberufungsrecht und seine rechtlichen Konsequenzen	75
a) Das Bestellungsrecht als Auswahl- und Bestel- lungspflicht	75
b) Das Abberufungsrecht als bedingte Abberufungs- pflicht	76
c) Die Rechtsaufsicht über den Treuhänder als Konsequenz der bedingten Abberufungspflicht	80
d) Rechtsaufsicht, Beanstandungsrecht und Weisungsverbot	84
e) § 33 HypBG als Ausfluß der Rechtsaufsicht	90
E. Fragen des Rechtsschutzes	
1. Allgemeines	92
2. Die Rechtsverfolgung bei den einzelnen Verwaltungsakten	93
a) Die Bestellung des Treuhänders	93
b) Die Abberufung	93
c) Auskunftersuchen	94
d) Streitentscheidung nach § 33 HypBG	94
e) Beanstandung	94
f) Festsetzung der Vergütung	95
3. Vorverfahren und Zuständigkeit	95
F. Fragen der Staatshaftung	95
III. DIE SYSTEMATISCHE STELLUNG DES TREUHÄNDERS IN DER RECHTSORDNUNG. DOGMATISCHE FRAGEN UND VERGLEICHE	99
A. Problemstellung	99
B. Die einzelnen Rechtsauffassungen	101
1. Vertreter- Theorien	101

VI

a) Ist der Treuhänder Vertreter der Pfandbriefgläubiger?	101
b) Ist der Treuhänder Vertreter der Hypothekenbank?	103
2. Privatrechtliche Treuhänder-Theorien (Amtstheorie)	104
a) Das "neutrale Handeln" und der allgemeine Treuhandbegriff Schultzes	104
b) Die Zweckpersonen-Theorie von Gunz	107
c) Die Theorie vom privatrechtlichen Amt	109
3. Öffentlich-rechtliche und berufsrechtliche Konstruk- tionen oder Anknüpfungspunkte	114
a) "Öffentliche Treuhand" im Sinne Michaels	114
b) Der Public Trustee des englischen Rechts	126
c) Der öffentlich-rechtlich gebundene Beruf und der Gedanke der Selbstverwaltung im weiteren Sinne	128
C. Vergleiche mit ähnlichen Fällen gesetzlicher Treu- handschaften	134
1.) "Nachfolger" des Treuhänders nach dem HypBG	134
a) Der Treuhänder nach dem Schiffsbankgesetz	134
b) Der Treuhänder nach dem Versicherungs- aufsichtsgesetz	135
2.) Althergebrachte "Inhaber privater Ämter"	139

IV. ZUSAMMENFASSUNG 142

1. Die Funktion des Treuhänders	142
2. Die Rechtsstellung des Treuhänders	143
3. Das Rechtsverhältnis zur Aufsichtsbehörde im einzelnen	144
a) Die Bestellung	144
b) Die Abberufung	145
c) Die Rechtsaufsicht über den Treuhänder	145
d) Auskunftspflicht und Weisungsverbot	146
e) Haftungs- und Rechtsschutzfragen	147

LITERATURVERZEICHNIS 148

EINLEITUNG

Mit dem Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 taucht erstmals der Begriff des Treuhänders in der neueren Reichsgesetzgebung auf. Diese Einrichtung zum Schutz der Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger der Hypothekenbanken war eine ausgesprochene Zweckmäßigkeitsschöpfung, die sich in der Praxis auch bewährt hat. Dogmatische Überlegungen spielten bei der gesetzlichen Gestaltung keine erkennbare Rolle. Da die staatliche Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 HypBG mit der Bestellung und Abberufung des Treuhänders betraut wurde, trat sie in eine enge Beziehung zu diesem. Das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder wird noch bedeutsamer durch weitgehende Parallelen in der Aufgabenstellung beider Einrichtungen.

Während die praktische Arbeit des Treuhänders nur selten Kritik erfahren hat und auch die Rechtsprechung sich nur in geringem Umfang mit dem Treuhänder nach dem HypBG zu befassen hatte, herrscht in der Literatur über die rechtliche Natur und systematische Einordnung des Treuhänders und vor allem sein Verhältnis zur Aufsichtsbehörde lebhafter Streit. Das Gesetz gibt auf die meisten Fragen keine unmittelbare Antwort. Die Praxis der früheren Aufsichtsbehörden der Länder dem Treuhänder gegenüber war unterschiedlich und wurde oft kritisiert. Dannenbaum ¹⁾ z. B. sah in Preußen die Treuhänder in mit dem Gesetz unvereinbarer Weise in eine praktisch fast rechtlose Beamtenstellung gegenüber der Aufsichtsbehörde gedrängt. Eine genauere Bestimmung des Rechtsverhältnisses zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder erfolgte aber nicht; Inhalt und Grenzen der Eigenständigkeit des Treuhänders blieben im einzelnen ungeklärt. Die Postulierung einer rechtlichen Unabhängigkeit, ähnlich der eines Richters, ging mit der Feststellung Hand in Hand, daß er doch tatsächlich wegen des Abberufungsrechtes der Aufsichtsbehörde weitgehend von dieser abhängig sei ²⁾. Die nur ungenau definierte Unabhängigkeit des Treuhänders war nicht viel mehr als eine Hypothese. Mit der mangelnden Genauigkeit fehlte ihr auch die überzeugende normative Kraft, wie die von Dannenbaum kritisierte Praxis der preußischen Aufsichtsbehörde zeigte. Ein Versuch, vor dem Hintergrund der in den Jahren vor und nach 1945 zahlreich auferlegten, meist politisch motivierten Treuhandschaften, eine besondere Form der öffentlichen Treuhandschaft einzuführen und auch den Treuhänder nach dem HypBG hierfür in Anspruch zu nehmen, brachte alles andere als eine Klärung.

In den letzten Jahren wurde das Problem durch zwei neue Gesetze wieder

1) Deutsche Hypothekenbanken, 2. Aufl. 1928, § 29 Anm. 5.

2) Dannenbaum, a. a. O.

aktuell. Das 5. Änderungsgesetz zum HypBG vom 14.1.1963 ¹⁾ führte u. a. in § 29 Abs. 3 HypBG eine Auskunftspflicht des Treuhänders gegenüber der Aufsichtsbehörde ein und stellte gleichzeitig fest, daß der Treuhänder nicht den Weisungen der Aufsichtsbehörde unterliegt. Mit dem früheren § 4 Abs. 3 HypBG entfiel auch die Möglichkeit, einen Staatskommissar zu ernennen und damit auch die nach dem ebenfalls weggefallenen § 51 HypBG a. F. bedingt mögliche "Personalunion" von Staatskommissar und Treuhänder. Die Prüfungsbefugnisse des Treuhänders nach § 30 Abs. 1 HypBG wurden erweitert. Das Bestellungs- und Abberufungsrecht der Aufsichtsbehörde blieb unverändert. Das neue Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 ²⁾ nahm die Bankaufsicht wieder aus der Zuständigkeit der Länder und übertrug sie einer zentralen Bundesoberbehörde in Berlin, was zu einer teilweise neuen Verwaltungspraxis führte.

Der neuen Fassung des HypBG wird nun bezüglich des Treuhänders Widersprüchlichkeit vorgeworfen. Man argwöhnt, der Treuhänder sei zu einem Lückenbüßer für den weggefallenen Staatskommissar und zu einem verlängerten Arm der Aufsichtsbehörde gemacht worden, seine Unabhängigkeit sei gefährdet und die klare Aufgabentrennung zwischen Staatsaufsicht und Treuhänder sei verwischt worden ³⁾. Auch in der Praxis treten gelegentlich Meinungsverschiedenheiten über das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder und deren wechselseitigen Rechten und Pflichten auf.

Mit der folgenden Arbeit soll der Versuch unternommen werden, das Rechtsverhältnis zwischen dem Treuhänder und der Aufsichtsbehörde näher zu erklären. Die Auslegung der kurzen gesetzlichen Vorschriften sollte dem heutigen Stand des Verwaltungsrechts, dem Zweck des Gesetzes und den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen und im einzelnen wie in der Gesamtheit eine sinnvolle und praktikable Regelung ergeben. Die Tatsache, daß die nur in geringer Anzahl vorhandenen Treuhänder nach dem HypBG - es gibt davon entsprechend der Zahl der Hypothekenbanken 25 - heute Werte und Urkunden über eine Vermögensmasse von etwa 30 Milliarden D-Mark im Mitbesitz haben und im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenstellung kontrollieren, läßt dem Fragenkreis neben theoretischem Interesse auch praktische Bedeutung zukommen.

Da die Einrichtung des Treuhänders eng zusammenhängt mit der rechtlichen und wirtschaftlichen Natur der von den Hypothekenbanken ausgegebenen Pfandbriefe, werden im 1. Abschnitt die Entwicklungsgeschichte des Pfandbriefs und der dieses Wertpapier benutzenden Institute, die Vorläufer des Treuhänders

1) BGBl. I S. 9.

2) BGBl. I S. 881, §§ 5 ff., 52 Abs. 2.

3) So etwa Hofmann, Hypothekenbankgesetz, §§ 3, 4 Anm. 23, S. 55/56, und Unglaub, in: Sichtermann-Unglaub-Prause, Die drei Realkreditgesetze, S. 78.

und die Beziehungen zwischen Pfandbriefgläubigern, Hypothekenbanken, Aufsichtsbehörde und Treuhändern kurz darzustellen sein. Ohne Kenntnis der geschichtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen ist ein Verständnis des ganz nach Zweckmäßigkeitserwägungen gestalteten Treuhänders kaum möglich.

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt im zweiten Abschnitt, der im wesentlichen einer Analyse des positiven Rechtes dient. Dabei sollen unmittelbar nur die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder einschließlich ihrer funktionalen Grundlagen untersucht werden. Nach einer vergleichenden Betrachtung der Aufgaben von Aufsichtsbehörde und Treuhänder sollen insbesondere das Bestellungs- und Abberufungsrecht der Aufsichtsbehörde mit seinen Voraussetzungen und Folgerungen, Inhalt und Grenzen der Unabhängigkeit des Treuhänders und der Rechtsaufsicht über ihn, das Entscheidungsrecht nach § 33, die Auskunftspflicht und das Weisungsverbot sowie Fragen des Rechtsschutzes und der Staatshaftung behandelt werden.

Auf die privatrechtlich-dogmatischen Fragen und das Rechtsverhältnis des Treuhänders zur Hypothekenbank und sonstigen Dritten kann und wird im dritten Abschnitt nur soweit eingegangen werden, als es zur Würdigung der öffentlich-rechtlichen Beziehungen erforderlich ist. In diesem Abschnitt werden im übrigen Fragen der Bildung eines wissenschaftlichen Ordnungsbegriffes, der systematischen Stellung des Treuhänders in der Rechtsordnung und Vergleiche mit verwandten Einrichtungen unser Gegenstand sein. Soweit wir bei vergleichbaren Einrichtungen für ähnliche Problemlagen ähnliche gesetzliche Regelungen feststellen, kann uns dies als Bestätigung unserer im 2. Abschnitt gewonnenen Ergebnisse dienen. Der vierte Abschnitt bringt eine Zusammenfassung.

I. ENTWICKLUNGSGESCHICHTE; WIRTSCHAFTLICHE UND RECHTLICHE GRUNDLAGEN

A. DER PFANDBRIEF ALS ANSATZPUNKT FÜR DEN HYPOTHEKENBANKTREUHÄNDER UND DIE URSPRÜNGLICHE HYPOTHEKENBANKAUFSICHT

"Der Treuhänder hat darauf zu achten, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenspfandbriefe jederzeit vorhanden ist; ..." Schon dieser erste Satz von § 30 Abs. 1 HypBG läßt die enge Bezogenheit des Treuhänders auf die Pfandbriefe erkennen. Ohne den Pfandbrief, oder genauer gesagt, ohne den Pfandbrief in seiner heutigen Gestalt, gäbe es keinen Hypothekensbanktreuhänder.

Das Verständnis der Rechtsstellung des Treuhänders setzt daher die Kenntnis der wirtschaftlichen Bedeutung und rechtlichen Konstruktion des Pfandbriefs voraus. Dabei können wir uns nicht damit begnügen, die heutigen Verhältnisse darzustellen. Das Wort "Treuhänder" ist zwar während der Gesetzgebungsarbeiten im Jahre 1899 ziemlich unvermutet aufgetaucht. Für die damalige Gesetzesprache war dieser Begriff neu. Keineswegs neu war aber die Aufgabe, welche man dem Treuhänder im Hypothekensbankgesetz übertrug. Das Problem, die Deckung der Hypothekenspfandbriefe durch eine besondere Einrichtung gewährleisten zu lassen, tauchte in dem Augenblick auf, als ein neuer Pfandbrieftyp eingeführt wurde, der diesen Namen, streng genommen, nicht mehr verdiente, weil er dem Inhaber kein Grundpfandrecht mehr verbriefte, sondern nur noch Schuldverschreibung auf den Inhaber war. Unser Treuhänder hatte der Funktion nach in Kontrollkommissionen, Pfandhaltern und Staatskommissaren verschiedenartige Vorgänger. Die Geschichte des Pfandbriefs ist u. a. die Geschichte der Bemühungen, den Inhabern dieser Papiere die Sicherheit eines erstrangigen Hypothekars zu geben, ohne ihnen die Mühen der Schuldnerprüfung, Grundstücksbewertung, Hypothekenbestellung usw. zuzumuten. Auch der Pfandbrief, der formal nur noch Inhaberschuldverschreibung ist, soll materiell, wirtschaftlich gesehen, eine den beibehaltenen Namen "Pfandbrief" rechtfertigende Sicherheit gewähren. Unser Treuhänder ist ein Ergebnis dieser Bemühungen des Gesetzgebers und selbst zur ständigen Bemühung in diesem Sinne berufen. Der Hypothekensbank-Treuhänder ist, bildhaft - übertragen gesprochen, ein "Zubehör" des Pfandbriefs. Er soll der "Garant" dafür sein, daß die Deckungswerte auch jederzeit vorhanden sind ¹⁾.

Auch der Staat hat von Anfang an nicht nur als Gesetzgeber dem Pfandbrief seine besondere Anteilnahme gewidmet. Einer staatlichen Initiative verdankt er

1) Schmidt, H. W., Neufassung des HypBG, in: Zeitschrift f. d. gesamte Kreditwesen, 1962, S. 781.

in Deutschland seine Entstehung, und fast 100 Jahre lang ist die Ausgabe von Pfandbriefen öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten gewesen. Die Staatsaufsicht über die Hypothekenbanken ist so alt wie diese selbst und damit über ein halbes Jahrhundert älter als die allgemeine Bankaufsicht. Diese Sonderstellung verdankten die Hypothekenbanken der Besonderheit ihres Passivgeschäftes, eben der Ausgabe von Pfandbriefen.

Wenn der Treuhänder eine im Hinblick auf den Pfandbrief geschaffene Einrichtung ist und die Hypothekenbankaufsicht zur Zeit des Erlasses des HypBG und damit der Schaffung des Treuhänders ebenfalls auf der besonderen volkswirtschaftlichen Bedeutung des Pfandbriefs beruhte, so setzt eine Untersuchung der Rechtsbeziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder eine gewisse Kenntnis der Entwicklung des Pfandbriefs und des auf ihm beruhenden Hypothekenbankwesens voraus. Eine juristische Untersuchung müßte Stückwerk bleiben, wenn sie ohne Verständnis dieser historischen und wirtschaftlichen Grundlagen begonnen würde.

B. DIE ENTWICKLUNG DES PFANDBRIEFS UND DER PFANDBRIEFINSTITUTE IN DEUTSCHLAND

1.) Die preußischen Landschaften und der alte Pfandbrief

Das erste Bodenkreditinstitut auf Pfandbriefbasis in Deutschland war die im Jahre 1770 gegründete "Schlesische Landschaft" in Preußen. Anlaß zu ihrer Gründung hatte die wirtschaftliche Erschöpfung nach dem Siebenjährigen Krieg gegeben, von der diese Provinz in besonders starkem Maße betroffen war. Der grundbesitzende Adel war überschuldet und hatte wenig Möglichkeiten, die Güter zu sanieren und umzuschulden. Es war wohl bares, anlagesuchendes Geld vorhanden, dieses konnte aber nicht in wünschenswertem Umfang für den langfristigen Bodenkredit nutzbar gemacht werden. Einmal waren die den Kapitalbesitzern zur Verfügung stehenden Beträge im Einzelfall meist zu gering, um den Kapitalsuchenden zu helfen und die umständliche Hypothekenbestellung zu lohnen. Zum anderen scheuten die Geldgeber auch die Umständlichkeit der Schuldnerprüfung, Pfandbewertung, Hypothekenbestellung und des notfalls zu betreibenden langwierigen Vollstreckungsverfahrens. Der unmittelbare Hypothekenkredit war daher unzulänglich.

Diesem Übelstand abzuhelpen, hatte schon 1767 der Berliner Kaufmann Bühring Friedrich d. Großen einen Plan vorgelegt¹⁾. Auch wenn Bührings Ge-

1) Abgedruckt im "Deutschen Oekonimist" vom 3. Juni 1894, Nr. 598, S. 325.

danken nicht völlig neu, sondern wohl durch holländische Kolonialobligationen angeregt waren ¹⁾, gebührt ihm doch das Verdienst, mit seinem Vorschlag einen neuen Weg für den Realkredit aufgezeigt zu haben.

Obwohl die Denkschrift Bührings nicht die Billigung Friedrichs d. Großen fand ²⁾, tauchen doch in dessen Kabinetts-Ordre vom 29. August 1769 an den Etats-Minister v. Carmer ³⁾, mit welcher er die Gründung der Schlesischen Landschaft veranlaßte, wesentliche Überlegungen des Bühringschen Planes wieder auf. Nicht übernommen wurde die uns heute geläufige rechtliche Trennung von Aktiv- und Passivgeschäft. Die Zeit war hierfür wohl noch nicht reif ⁴⁾.

Die Grundgedanken der Kabinetts-Ordre waren folgende: Die Eigentümer schlesischer Rittergüter wurden zu einer Kreditverbindung, der "Schlesischen Landschaft", die selbst wieder in Fürstentumslandschaften und Kreise gegliedert war, zusammengefaßt. Diese Korporation wurde durch das als Spezialgesetz geltende Reglement mit einer Reihe bedeutsamer Privilegien materieller und verfahrensrechtlicher Art ausgestattet ⁵⁾. Auf Antrag eines Mitgliedes, und nur diesem stand ursprünglich dieser Kreditweg offen, wurde dessen Gut mit einem Pfandbriefdarlehen bis zur halben Höhe des Taxwertes, später bis zu 2/3, beliehen.

Im Unterschied zu den späteren sog. "Neuen Pfandbriefen", die etwa den heutigen Hypothekendarlehen entsprechen, waren die alten Pfandbriefe, auch Güterpfandbriefe genannt, nichts anderes als eine besondere Art von Hypothekendarlehen. Auf Grund der eingetragenen Hypothek wurden Pfandbriefe ausgefertigt, in denen die Verpfändung des betroffenen Gutes beurkundet war. Der Pfandbrief

1) Näheres darüber und über sonstige bedingte Vorläufer vgl. v. Brünneck, Pfandbriefsysteme, S. 1 ff.; v. Dietze, Landw. Kreditwesen in: Wörterb. d. Volkswirtschaft, 2. Bd., S. 780; Drechsler, Sicherung d. Pfandbriefgläubiger, S. 1 ff.; Kummert, Handbuch, S. 739 ff.; Sombard, Die Juden und das Wirtschaftsleben, S. 74/75; Spelsberg, Handbuch, S. 841; Steffan, Handbuch, S. 256 u. 274; Wegener, Zur Vorgeschichte d. Pfandbriefs in: Schmollers Jahrbuch, 44. Jg., Heft 3, S. 173 ff.; Weyermann, Geschichte d. Immobilienkreditwesens in Preußen, S. 74 ff.

2) Vgl. Weyermann, a. a. O., S. 79 ff.; Wegener, a. a. O., S. 174.

3) Abgedruckt bei Franz, Die Landschaftlichen Kreditinstitute in Preußen, S. 3 ff.

4) Vgl. auch Drechsler, a. a. O., S. 3; Wegener, a. a. O., S. 200/201.

5) Selbst das Einführungsgesetz zum BGB ließ in Art. 167 die bestehenden Sonder Vorschriften unberührt. Dementsprechend hat auch das Reichsgericht z. B. die Satzung der Posener Landschaft und die ostpreußische Landschaftsordnung als objektive, jedermann bindende Rechtsnormen anerkannt; vgl. RGZ 64, 214 und 74, 403. Näheres s. auch Dannenbaum, Öffentlichrechtliche Kreditanstalten, S. 39 ff.

war die umlaufsähige Urkunde über eine Inhaberhypothek, d. h. Hypothekenbrief selbst ¹⁾. Es wurde aber nicht nur ein Pfandbrief (= Hypothekenbrief) über das Gesamtdarlehen ausgefertigt, sondern die Briefe waren in die üblichen Nennwerte gestückelt. Damit konnte auch ein kleiner Kapitalbesitzer einen Teil einer hohen Rittergutshypothek erwerben. Der eine, auch heute noch tragende Gedanke des Pfandbriefwesens war damit verwirklicht: vielen kleinen Kapitalien eine bequeme und sichere Anlage zu ermöglichen und sie, zu größeren Posten vereinigt, volkswirtschaftlich nutzvoll dem Kreditsuchenden zur Verfügung zu stellen ²⁾. Das umständliche Prüfungs- und Eintragungsverfahren war dem Geldgeber abgenommen. Die gestückelten Pfandbriefe, welche damals diesen Namen noch mit vollem Recht trugen, weil sie ihren Inhabern ein echtes Grundpfandrecht verbrieften, wurden aber anfangs nicht von der Landschaft selbst in Umlauf gebracht. Sie wurden vielmehr dem Darlehensnehmer als Valuta gegeben und dieser konnte sie nach Bedarf - etwa wie heute eine Eigentümerhypothek - veräußern. Andererseits konnte er auch durch Rückkauf seiner Pfandbriefe das Darlehen praktisch wieder tilgen.

Die Landschaft war aber nicht nur technische Vermittlerin des Kredits, sie war auch Selbstschuldnerin des verbrieften und durch die Hypothek gesicherten Darlehens ³⁾. Den Pfandbriefgläubigern haftete also das im Pfandbrief speziell genannte verpfändete Gut, es schuldete und haftete aber auch die Landschaft selbst mit ihrem gesamten Vermögen und, der körperschaftlichen (genossenschaftlichen) Struktur der Landschaft entsprechend, auch alle ihre Mitglieder mit ihren Gütern. Den Pfandbriefgläubigern wurde damit jede in diesem Zusammenhang nur denkbare Sicherheit dinglicher und schuldrechtlicher Art gewährt.

Nach der erfolgreichen Gründung der Schlesischen Landschaft wurden in den folgenden Jahren auch in anderen preußischen Provinzen und später auch außerhalb Preußens ähnliche Kreditverbände geschaffen. 1777 folgte das Kur- und Neumärkische Ritterschaftliche Kreditinstitut, 1781 die Pommersche Landschaft, 1787 die Westpreußische Landschaft, 1788 die Ostpreußische Landschaft usw.

Für den uns hier interessierenden Fragenkreis ist folgendes bedeutsam: Jeder Treuhänder, Pfandhalter, "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" oder ähnliche

-
- 1) Amtl. Begründung z. Pfandhalterges. Entwurf v. 1880, Stenogr. Berichte d. Reichstags, 4. Leg. Per. III. Sess., 3. Bd., Aktenstück Nr. 32, S. 195; Achterberg, 100 Jahre Deutsche Hypothekenbank, S. 20; Drechsler, a. a. O., S. 10; Gierke, Dt. Privatrecht, § 168 S. 947; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 157 a II.
 - 2) Sehr anschaulich Gunz, Die rechtl. Natur d. Treuhänders im HypBG, S. 9 ff.
 - 3) Kabin. Ordre v. 29.8.1769, bei Franz, a. a. O., S. 5; v. Brünneck, a. a. O., S. 145; Drechsler, a. a. O., S. 11 ff. und Skizze nach S. 10.

Einrichtungen fehlen, weil wegen der Spezialhaftung eines verpfändeten Gutes für jeden Pfandbrief eine unmittelbare dingliche Verbindung zwischen dem Pfandbriefgläubiger als dem Geldgeber und dem verpfändeten Grundstück bestand, die Herstellung einer derartigen Verbindung durch einen Treuhänder oder Vertreter also überflüssig war. Wegen der Identität von Pfandbrief und Hypothekenbrief konnte das Deckungsproblem gar nicht auftauchen. Auf die Konstruktion der Rechtsverhältnisse zwischen Pfandbriefgläubiger, Gutsbesitzer, Landschaft und sonstigen Genossen näher einzugehen, ist hier nicht der Ort ¹⁾. Daß diese Regelungen nur durch Schaffung von Sonderrecht außerhalb des geltenden Hypothekenrechts usw. möglich waren, ist verständlich.

Die unmittelbar aus dem Pfandbrief ersichtliche Spezialhaftung eines Gutes, die Solidarhaftung aller inkorporierten Güter, die strengen Taxations- und Beleihungsvorschriften und die Vertrautheit mit den Verhältnissen, welche vor allem die unteren Organe der Landschaften besaßen, ließen denn auch die Pfandbriefe rasch zu einer als sicher geltenden beliebten Kapitalanlage werden und führten dem kreditsuchenden Großgrundbesitz langfristiges Kapital zu. Als umlauffähige Inhaberpapiere boten sie trotz der regelmäßig für den Pfandbriefgläubiger bestehenden Unkündbarkeit doch die Möglichkeit, sie rasch in Bargeld zu verwandeln.

2.) Die "Neuen Landschaftlichen Pfandbriefe"

Im Laufe des 19. Jahrhunderts erwiesen sich die Landschaften und ähnliche Kreditverbindungen, obwohl sich die Konzeption ihrer Pfandbriefe bewährt hatte, vor allem wegen ihres exklusiven Aktivgeschäftes, als nicht allen Anforderungen genügend. Während ihre Pfandbriefe jedermann zugänglich waren, sie gerne von jedermann Geld annahmen, konnten Darlehen nur auf die inkorporierten Rittergüter aufgenommen werden. Ihr Kredit stand daher nur dem ländlichen Großgrundbesitz zur Verfügung. Eine gewisse Verbreiterung des Beleihungsgeschäftes wurde durch Neugründungen erreicht, wie die der Neuen Pommerschen Landschaft für den Kleingrundbesitz, oder durch Erweiterung der Tätigkeit bestehender Landschaften durch Aufnahme der Beleihung auch des nicht zwangsinkorporierten bäuerlichen Grundeigentums, wie es seit dem Jahre 1849 z. B. die Ostpreußische und die Schlesische Landschaft taten. Auf diese Weise konnten die Landschaften auch das Kreditbedürfnis der Bauernschaft in beschränktem Umfang befriedigen.

Im Zusammenhang mit der Ausdehnung der Beleihungstätigkeit wurde eine

1) Näheres s. v. Brünneck, a. a. O., S. 90 ff., 145 ff.; Drechsler, a. a. O., S. 10 ff.

Neugestaltung der Pfandbriefe vorgenommen. Bahnbrechend waren die Schlesische und die Ostpreußische Landschaft. Bei der Schlesischen Landschaft z. B. wurde durch das mit Allerhöchstem Erlaß vom 11. Mai 1849 genehmigte Regulativ ¹⁾ der neue Pfandbrieftyp eingeführt. Andere Landschaften folgten diesem Beispiel.

Die sog. "Neuen landschaftlichen Pfandbriefe" entsprechen weitgehend den heutigen Pfandbriefen aller privaten und öffentlichen Bodenkreditinstitute. Sie unterscheiden sich von den alten Pfandbriefen dadurch, daß sie keine Spezialhaftung eines beliebigen Grundstücks, auch kein dingliches Pfandrecht sonstiger Art, wie etwa ein Faustpfandrecht an den Hypotheken, mehr zum Inhalt hatten. Sie waren lediglich noch Schuldverschreibungen auf den Inhaber ²⁾.

Allerdings durften die Landschaften nur in Höhe der ausgeliehenen Hypotheken derartige "Pfandbriefe" - der eingeführte Name wurde auch nach Wegfall des Pfandrechtes beibehalten - ausgeben. Die Einhaltung dieser naturgemäß äußerst wichtigen Bestimmung über die "Deckung" der Pfandbriefe wurde aber nicht nur den Organen der Landschaft und der Staatsaufsicht anvertraut. Es wurde zu diesem Zweck z. B. für die Schlesische Landschaft eine aus dem Präsidenten des höchsten Gerichtshofes in Breslau und zwei richterlichen Beamten bestehende Kontrollkommission gebildet, welche die vorhandene Deckung auf den Pfandbriefen zu bestätigen hatte ³⁾. Diese Aufgabe der Kontrollkommission entspricht vollkommen derjenigen, die unser Treuhänder nach § 30 Abs. 3 HypBG hat. Die Kontrollkommission hatte außerdem noch auf den Hypothekenbriefen einen Vermerk anzubringen, daß über den Betrag des betreffenden Hypothekendarlehens Pfandbriefe ausgefertigt worden seien und demzufolge der Landschaft nur eine beschränkte, die Befriedigungsmöglichkeit der Pfandbriefgläubiger nicht beeinträchtigende Verfügungsmacht zustehe. Auch diese Aufgabe, für eine Verfügungsbeschränkung der Anstalt über die Deckungshypotheken zu sorgen, hat nach dem HypBG der Treuhänder übernommen, allerdings in einer anderen Form, nämlich durch Verwahrung der Hypothekenbriefe usw. gem. § 31 HypBG.

Mit dem Wegfall der unmittelbaren Beziehung zwischen dem Pfandbriefgläubiger als dem eigentlichen Geldgeber und dem Hypothekenschuldner, welche bei den Alten Pfandbriefen durch die bestehende dingliche Spezialhaftung gegeben war, tauchte das Problem auf, den Pfandbriefgläubigern anstelle des

1) Ges. Sammlung 1849, S. 182.

2) Vgl. v. Brünneck, a. a. O., S. 232; Drechsler, a. a. O., S. 18 mit weit. Nachw.; die Änderung der Rechtsnatur der Pfandbriefe erfolgte allerdings bereits früher als dort genannt; Gunz, a. a. O., S. 11; Wolff-Raiser, a. a. O., § 157 a II 1.

3) §§ 20 ff. des Regulativs v. 1849, a. a. O.

Pfandrechtes wenigstens die Gewähr für das ständige Vorhandensein des Gleichgewichts zwischen Pfandbriefen und Hypothekenbestand, der Deckung also, zu geben und ihnen nach Möglichkeit ein "Realrecht" oder doch ein Konkursvorrrecht an den Deckungshypotheken zu verschaffen. Zu den ersten Einrichtungen, welche diese Aufgabe zu erfüllen hatten, gehörte die Kontrollkommission, deren Zusammensetzung allerdings in den Regulativen der verschiedenen Landschaften nicht einheitlich geregelt war und sich auch bei den einzelnen Landschaften im Lauf der Zeit änderte. Außer einem Kollegium von Richtern sehen wir unter anderem auch einen Ausschuß von vereidigten Gutsbesitzern aus dem Kreis der Mitglieder der Landschaft diese Aufgabe wahrnehmen¹⁾. Die Kontrollkommissionen und die vergleichbaren Einrichtungen der preußischen Landschaften waren jedenfalls funktional die ersten Vorläufer des Treuhänders nach dem HypBG.

3.) Die Entwicklung des privaten Hypothekenbankwesens und die Sicherung der Pfandbriefgläubiger bis 1900

Trotz der Reformen und Neugründungen im Bereich der landschaftlichen Kreditverbindungen - in Berlin und Danzig war auch jeweils eine städtische Kreditvereinigung gegründet worden - konnten diese das gestiegene Kreditbedürfnis bald nicht mehr befriedigen. Die Mängel waren in der Organisationsform und der Grundkonzeption der Landschaften begründet. Die Landschaften waren öffentlich-rechtliche Kreditverbände, die einen gemeinnützigen Zweck verfolgten, wobei allerdings ursprünglich der gemeinnützige Zweck nur der eines exklusiven Standes, des grundbesitzenden Adels, war. Sie waren privilegiert, auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und ihre Arbeitsweise behördenmäßig. Es fehlte an der Konkurrenz und Freizügigkeit und die Kreditaufnahmeverfahren waren schwerfällig und dem Markt wenig angepaßt. Der städtische Grundbesitz schließlich konnte sich der Hypothekenkredite der Landschaften überhaupt nicht bedienen. In einem ständischen Agrarstaat mochte dieses Kreditsystem ausreichen. Die zunehmende Bedeutung von Handel und Gewerbe und vor allem der um die Mitte des 19. Jahrhunderts einsetzende industrielle Aufschwung mit dem rasch anwachsenden Städtebau erforderte aber immer dringender eine Ergänzung des unzulänglich gewordenen Bodenkreditsystems. Es lag nahe, den langfristigen Bodenkredit auch durch privatrechtliche und mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitende Banken pflegen zu lassen. Die Gründung privater Hypothekenbanken konnte aber schon wegen der in den meisten deutschen Bundesstaaten bestehenden Genehmigungspflicht für Pfandbriefausgaben nicht ohne staatliche Sanktionierung erfolgen.

1) s. v. Brünneck, a. a. O., S. 234 ff.

Von staatlicher Seite hielt man aber lange Zeit private Erwerbsgesellschaften zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der Grundbesitzer nicht für geeignet; man wollte ihnen insbesondere das "Pfandbriefprivileg", d. h. das Recht zur Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen nicht erteilen.

Früher als in Deutschland wurde dieser Schritt zur privaten Hypothekenbank in Frankreich getan. Die verbreitete Ansicht, der Crédit Foncier de France sei das Vorbild der deutschen Hypothekenbanken gewesen ¹⁾, ist aber nur bedingt richtig. Formalrechtlich trifft dies zu, denn der Crédit Foncier war nicht mehr wie die Landschaften eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, sondern eine privatrechtliche Erwerbsgesellschaft. Materiell bestand aber ein grundlegender Unterschied zu den deutschen Hypothekenbanken.

Die 1852 gegründete Banque Foncier de Paris war bald als Crédit Foncier de France in ein Monopolunternehmen für ganz Frankreich umgewandelt worden, welches 1854 auch die beiden kurze Zeit bestehenden Lokalbanks in Marseille und Nevers schluckte und nun als einzige und staatlich privilegierte und subventionierte Hypothekenbank auftrat, deren Gouverneur sowie die zwei Vizégouverneure von der Regierung ernannt wurden ²⁾. Diesem Vorbild einer "privilegierten Aktienbank unter Staatsleitung" ³⁾ wollte man in Deutschland aber gerade nicht folgen. Ein derartiges Monopolunternehmen unter einem, über eine bloße Aufsicht hinausgehenden staatlichen Einfluß entspricht nicht dem Typ der deutschen Hypothekenbank. Auch die Konstruktion der Obligations Foncières weicht von denen der neuen Pfandbriefe ab ⁴⁾.

In Bayern war bereits 1835 die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank gegründet worden, doch begann diese erst im Jahre 1864 mit der Pfandbriefausgabe und kann daher erst von diesem Zeitpunkt an als Hypothekenbank im engeren Sinne angesehen werden. Das aufgestaute Bedürfnis ließ aber nunmehr im Jahrzehnt zwischen 1862 und 1872, zuerst außerhalb Preußens, namentlich in Frankfurt am Main und Meiningen, und, nachdem in Preußen 1863 die sog. Nor-

1) So auch Dannenbaum, Hyp. Banken, S. 1; ähnlich Kummert, Handbuch, S. 740; v. Klass, Im Spannungsfeld der Zeit, S. 9; abgewogener Goldschmidt, Dt. Hyp. Banken, S. 1, der sagt: "Auf einer jener Wanderungen, welche deutsche Rechts- und Wirtschaftsgedanken über Frankreich zurücklegen, ist das Hypothekenbankwesen um die Mitte dieses Jahrhunderts in technisch veränderter, ja vielfach verbesserter Gestalt in die deutsche Heimat eingezogen".

2) Schmidt, Fritz, Das Französische Hypothekenbankwesen in: Ztschr. f. d. ges. Staatsw., 66. Jg., S. 73 ff.

3) Schmidt, a. a. O.

4) Vgl. Drechsler, a. a. O., S. 7/8.

mativbestimmungen erlassen worden waren, auch in Preußen, zahlreiche Hypothekenbanken in Form von Aktiengesellschaften entstehen ¹⁾. Uns interessiert an den nunmehr in Erscheinung tretenden privaten Pfandbriefanstalten, den Hypothekenbanken im Sinne des späteren Hypothekenbankgesetzes, besonders folgendes:

Sämtliche Hypothekenbanken gaben zu ihrer Refinanzierung Pfandbriefe aus, die, wie die Neuen Landschaftlichen Pfandbriefe, formalrechtlich lediglich noch Schuldverschreibungen auf den Inhaber waren. Eine rechtliche Beziehung zwischen den Pfandbriefgläubigern und den Hypothekenschuldnern bestand nicht. Alle Hypothekenbanken hatten aber die statutarische Verpflichtung, Pfandbriefe nur in Höhe der vorhandenen Hypothekendarlehen, d. h. nur soweit sie durch erst-rangige Hypotheken gedeckt waren, auszugeben. Um über die wirtschaftliche Beziehung zwischen Pfandbriefgläubigern und Hypothekenschuldnern hinaus den ersteren auch rechtlich ein besonderes Recht an dem Hypothekenbestand als dem Surrogat ihrer der Bank anvertrauten Gelder zu verschaffen und die Bezeichnung "Pfandbrief" zu rechtfertigen, versuchten die meisten Hypothekenbanken in ihren Satzungen, den Pfandbriefgläubigern ein Vorrecht an den Deckungshypotheken einzuräumen und dies durch Bestellung eines Faustpfandrechtes zu sichern. Zu diesem Zweck ließen sie sog. Pfandhalter als Vertreter der Pfandbriefgläubiger auftreten. Es zeigte sich aber bald, daß diese gutgemeinten Versuche, den Pfandbriefgläubigern durch Satzungsbestimmungen ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern der Bank einzuräumen, fragwürdig waren. Da die Satzungen der Hypothekenbanken im Gegensatz zu den Statuten und Regulativen der alten Landschaften keine allgemeinverbindlichen Rechtsnormen waren, konnten sich ihre Bestimmungen gegenüber dem Vollstreckungsrecht, der Konkursordnung usw. nicht durchsetzen. Ohne Mithilfe des Gesetzgebers war es nicht möglich, für den Ernstfall, d. h. im Konkurs, die Pfandbriefgläubiger zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu bevorzugen ²⁾.

Die Hypothekenbanken überstanden zwar die Krisenjahre nach 1873 gut, das nervös gewordene Publikum wurde aber auf die mangelnde "Realsicherheit" der Pfandbriefe aufmerksam gemacht und die "Pfandbrieffrage" über Gebühr hochgespielt ³⁾. Dabei glaubte man, die Pfandbriefgläubiger durch eine rechtliche

1) Zur Hypothekenbank-Politik in Preußen s. Fränken, Staat und Hypothekenbanken in Preußen, 1904.

2) Vgl. Amtl. Begründung z. Pfandhaltergesetz-Entwurf von 1880, a. a. O., S. 164; Gunz, a. a. O., S. 16 f.

3) Vgl. Goldschmidt, a. a. O., S. 40, der scharf gegen die Überbewertung dieser Frage und ihr ungeschicktes Anpacken polemisierte.

Sicherung allein genügend schützen zu können, und ließ die viel wichtigere Frage der tatsächlichen wirtschaftlichen Sicherung außer acht. Keine Hypothek als Pfandrecht an einem Grundstück hat ja wirtschaftlich mehr Wert als das Grundstück selbst. Wenn ein Grundstück über seinen wirtschaftlichen Wert beliehen wird, was rechtlich unbeschränkt und aus guten Gründen möglich ist, nützt im Zweifel das formale dingliche Recht nur soweit etwas, als auch der wirtschaftliche Wert reicht. Wenn der Beleihungswert des Grundstücks als wirtschaftlicher Faktor nicht mitberücksichtigt wird, kann dem Nominalwert einer Hypothek und damit dieser selbst keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Rießer hat auf dem 24. Deutschen Juristentag ¹⁾ mit Recht darauf hingewiesen, daß die juristische Konstruktion der Sicherstellung der Pfandbriefe eine untergeordnete Rolle spielt. Die einzige "reale" Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger beruhe auf der Solidität der Geschäftsführung der Hypothekenbank, auf zweckdienlichen Vorschriften über die Natur der zu beleihenden Objekte und insbesondere auf sachgemäßer Durchführung vorsichtiger Beleihungsgrundsätze.

Um den Hypothekenbanken die Möglichkeit zu verschaffen, ihren Pfandbriefgläubigern eine zweifelsfreie "Realsicherheit" an den Deckungshypotheken einzuräumen, legte die Reichsregierung in den Jahren 1879 und 1880 zweimal Gesetzentwürfe betr. das Faustpfandrecht für Pfandbriefe und ähnliche Schuldverschreibungen vor ²⁾. Diese beiden im wesentlichen übereinstimmenden Gesetzentwürfe stellen auf einem Teilgebiet begrenzte Vorläufer des späteren Hypothekenbankgesetzes dar und sind wegen der funktionellen Parallelen zwischen dem dort vorgesehenen Pfandhalter und dem späteren Treuhänder für uns von Interesse.

Dieses Gesetz sollte den Hypothekenbanken die Möglichkeit eröffnen, ihren Pfandbriefgläubigern ein Faustpfandrecht an den Deckungshypotheken einzuräumen. Mit der wirksamen Bestellung eines Faustpfandrechtes hätten die Pfandbriefgläubiger im Falle eines Konkurses ein Absonderungsrecht nach § 47 f. KO gehabt. Bei der Begründung des Faustpfandrechtes sollte ein von der Bank zum "Pfandhalter" bestellter Notar als Vertreter der Pfandbriefgläubiger auftreten. Auf diese Weise sollten die Hypothekenbanken durch Gewährung einer zweifelsfreien konkursrechtlichen Realsicherheit dem Mißtrauen gegen die Pfandbriefe begegnen können ³⁾. Die beiden Gesetzentwürfe wurden jedoch, besonders wegen der inzwischen begonnenen Vorarbeiten für das BGB, nicht verabschiedet.

In den folgenden Jahren machten einige Bundesstaaten von der Möglichkeit

1) Verhandl. des 24. DJT 1898, 4. Bd., S. 207.

2) Sten. Berichte über Verh. d. Dt. Reichstages 4. Leg. Per., II. Sess. 1879, 4. Bd., S. 422 f. und 4. Leg. Per., III. Sess. 1880, 3. Bd., Aktenstück Nr. 32.

3) Amtl. Begründung 1880, a. a. O., S. 163/164.

des § 17 EG KO Gebrauch und erließen Partikulargesetze nach dem Vorbild der unerledigten Reichsgesetzentwürfe von 1879/80. Einige dieser Landesgesetze sahen aber nicht mehr die Bestellung des Pfandhalters durch die Bank oder eine Wahl durch die Pfandbriefgläubiger, sondern die Bestellung und Abberufung durch das zuständige Ministerium vor. Das Badische Gesetz vom 12. 4. 1892 ¹⁾ z. B. bestimmte in § 7:

"Der Pfandhalter sowie ein Stellvertreter desselben werden von dem Ministerium der Justiz aus dem Kreise der zum Notariat befähigten Personen in widerruflicher Weise bestellt. Sie unterstehen der Beaufsichtigung dieses Ministeriums."

Ganz ähnliches besagte das Elsaß-Lothringische Gesetz vom 22. 5. 1893 ²⁾ in § 6:

"Der Pfandhalter wird von dem Ministerium in widerruflicher Weise bestellt und untersteht dessen Beaufsichtigung."

Mecklenburg-Schwerinsche und Mecklenburg-Strelitzsche Gesetze aus dem Jahre 1894 sahen gleichfalls die Bestellung und Abberufung des Pfandhalters durch die Aufsichtsbehörde vor. Auf Antrag mußte die Abberufung erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorlag.

Diese einzelstaatlichen Regelungen über die Bestellung des Pfandhalters stimmen weitgehend mit den späteren Vorschriften des § 29 Abs. 1 und 2 HypBG überein. Noch nicht vorgesehen war das Anhörungsrecht der Bank, dafür ist teilweise ausdrücklich eine Beaufsichtigung des Pfandhalters durch das bestellende Ministerium festgelegt.

Die meisten Bundesstaaten, insbesondere Preußen, erließen aber keine derartigen Landesgesetze. Preußen änderte lediglich 1893 seine "Normativbestimmungen" ³⁾.

4.) Das Hypothekbankgesetz vom 13. Juli 1899

a) Der 1. Gesetzentwurf

Da die Hypothekbanken in allen Bundesstaaten des Deutschen Reiches Beleihungen vornehmen konnten und auch ihre Pfandbriefe überall absetzten, andererseits die Hypothekbanken von dem Bundesstaat, in welchem sie ihren Sitz hatten, beaufsichtigt wurden, ergab sich der unbefriedigende Zustand, daß

1) Ges. u. VO Bl. S. 111.

2) Ges. Bl. S. 65.

3) Abgedruckt bei Dannenbaum, Hypothekbanken, S. 381 f.

den Banken über die unterschiedliche Staatsaufsicht auch recht unterschiedliche Vorschriften über ihre Beleihungstätigkeit gemacht wurden und damit ungleiche Wettbewerbsbedingungen bestanden. Der Ruf nach einer umfassenden reichsrechtlichen Regelung des Hypothekenbankrechts verstummte daher nicht.

Der 1. Gesetzentwurf wurde am 27. Mai 1898 veröffentlicht und zur Diskussion gestellt ¹⁾. In diesem Entwurf war in § 26 ein Befriedigungsvorrecht der Pfandbriefgläubiger im Falle des Konkurses vorgesehen und damit bewußt ein anderer Weg als in den Pfandhaltergesetzentwürfen von 1879/1880 eingeschlagen. Die Sicherung durch ein Vorrecht im Konkurs hielt man für ausreichend und zur Vermeidung eines doppelten Verpfändungsrechtes - das Grundstücksrecht wurde gem. Art. 189 EG BGB erst nach Anlegung der Grundbücher vereinheitlicht - für geeigneter als die Sicherung durch ein Faustpfandrecht. Da zur Begründung des gesetzlichen Konkursvorrechtes ein Vertreter der Pfandbriefgläubiger, wie es zur Begründung eines vertraglichen Pfandrechtes erforderlich gewesen wäre, überflüssig war, sah der 1. Entwurf nicht nur keinen Pfandhalter, sondern überhaupt keine vergleichbare Einrichtung vor.

b) Der 2. Gesetzentwurf

Der zweite, nunmehr dem Reichstag vorgelegte Entwurf eines Hypothekenbankgesetzes ²⁾ brachte in diesem Punkt eine teilweise Änderung. Ausgehend wiederum von der Grundentscheidung, die Pfandbriefgläubiger nicht durch ein Pfandrecht, sondern durch ein Konkursvorrecht zu sichern, wurde aber doch in § 28 des Entwurfs ein "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" vorgesehen. Wie aus der Amtlichen Begründung ³⁾ hervorgeht, hielt man trotz abweichender Gestaltung des Rechtes der Pfandbriefgläubiger die Einrichtung einer dauernden Vertretung derselben nicht für ausgeschlossen und die daraus den Pfandbriefgläubigern erwachsenden Vorteile für eine solche Einrichtung sprechend. Dieser "Vertreter" sollte von der Versammlung der Pfandbriefgläubiger nach den Vorschriften des gleichzeitig eingebrachten Gesetzentwurfes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen bestellt werden. Daß man sich der Fragwürdigkeit der Bezeichnung "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" aber wohl doch bewußt war, zeigt der Satz aus der Begründung zu § 28: "Der Vertreter der Pfandbriefgläubiger hat nach dem gegenwärtigen Entwurfe keine Rechte auszuüben, deren Geltendmachung an sich den einzelnen Gläubigern zusteht und ihnen

1) Dt. Reichsanzeiger Nr. 124 vom 27. Mai 1898, 1. Beilage.

2) Reichstagsdrucksachen 10. Leg. Periode, 1. Sess. 1898/99, III. Bd. Nr. 106, abgedruckt bei Dannenbaum, Hypothekenbanken, S. 381 f.

3) a. a. O., S. 46.

durch die Bestellung des Vertreters entzogen wird." 1)

Im einzelnen sollte dieser sog. Vertreter folgende Aufgaben wahrnehmen: Nach § 29 des Entwurfes sollte er darauf achten, daß die vorschriftsmäßige Dekung für die Pfandbriefe jederzeit vorhanden ist und die zur Deckung bestimmten Werte in das Hypothekenregister eingetragen werden. Außerdem sollte er die Pfandbriefe vor der Ausgabe mit einer Bescheinigung über das Vorhandensein der vorschriftsmäßigen Deckung und über die Eintragung in das Hypothekenregister versehen. Eine Löschung im Hypothekenregister sollte der Zustimmung des Vertreters der Pfandbriefgläubiger bedürfen. Nach § 30 des Entwurfes hatte der Vertreter die Urkunden über die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapiere unter dem Mitverschluß der Bank zu verwahren. In den folgenden Absätzen wurden die Voraussetzungen, unter denen die Bank die Herausgabe dieser Urkunden verlangen konnte, geregelt. § 31 sah ein Informationsrecht des Vertreters gegenüber der Bank vor. Da es nach der Amtlichen Begründung 2) bei Streitigkeiten zwischen dem Vertreter der Pfandbriefgläubiger und der Bank einer beschleunigten und unparteiischen Entscheidung bedürfe, die Beteiligten hierfür aber nicht auf den Rechtsweg verwiesen werden könnten, sah man aus Zweckmäßigkeitsgründen in § 32 vor, daß in diesem Falle die Aufsichtsbehörde über die Streitigkeiten entscheiden solle.

In den §§ 3 und 4 des Gesetzentwurfes wurde schließlich eine umfassende Staatsaufsicht über die Hypothekenbanken verankert.

c) Änderungsvorschläge der Reichstagskommission und die endgültige Gesetzesfassung

Die beauftragte Reichstagskommission schlug hinsichtlich des sog. Vertreters der Pfandbriefgläubiger bemerkenswerte Änderungen vor, denen unser Treuhänder seine nachmalige Gestalt verdankt 3). Einmal wurde die Bezeichnung "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" in "Treuhänder" geändert und dessen Berufung durch die Aufsichtsbehörde an Stelle der Versammlung der Pfandbriefgläubiger vorgeschlagen. Diese Änderung wurde damit begründet, daß sich die im Entwurf vorgesehene Wahl durch die Versammlung der Pfandbriefgläubiger in den meisten Fällen als eine bloße Formalität erweisen würde. Wegen des geringen Interesses der Pfandbriefgläubiger an einer derartigen Versammlung müßte die Bank selbst die nötige Zahl von Gläubigern zur Teilnahme veranlassen. In Wahrheit würde die Auswahl des Vertreters durch die Bank erfolgen, die die von ihr

1) Amtl. Begründung, a. a. O., S. 47.

2) a. a. O., S. 50.

3) Kommissionsbericht, S. 26 f., abgedruckt bei Dannenbaum, Hypothekenbanken, S. 439 f.

bestimmte Person dann durch die so veranlaßte Versammlung wählen lasse. Bei einem solchen Verfahren könne von einer Unabhängigkeit des Vertreters gegenüber der Bank keine Rede sein. Selbst wenn aber selbständige Kandidaten auftreten würden, könne dies zu Mißständen führen, wenn ein untauglicher Vertreter gewählt würde. Diesen Bedenken würde am besten Rechnung getragen, wenn man den Vertreter durch die Aufsichtsbehörde ernennen lasse und dieser auch das Recht des Widerrufs einräume. Außerdem meinte die Kommission "empfehle es sich, für diesen Funktionär eine Bezeichnung zu wählen, die eine Verwechslung mit einem nach dem Schuldverschreibungsgesetz gewählten Vertreter der Gläubiger ausschließe, da der letztere ganz andere Aufgaben und Befugnisse habe, als der Vertreter des Hypothekenbankgesetzes. Die Bezeichnung "Treuhänder" erscheine nicht ungeeignet, da auch sie erkennen lasse, daß der Ernannte trotz seiner Bestellung durch die Aufsichtsbehörde nur zur Wahrung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen sei." ¹⁾

Diese Änderungsvorschläge der Reichstagskommission waren ausschließlich von verständlichen Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt. Rechtsdogmatische Erwägungen über die Begriffe "Treuhänder" und "Stellvertreter" spielten dabei keine erkennbare Rolle. Unzweideutig wurde aber zum Ausdruck gebracht, daß der Treuhänder zur Wahrung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen sei.

Ein anderer Änderungsvorschlag der Kommission betraf den Umfang der Prüfungsrechte des Treuhänders, welche in § 30 Abs. 1, 2. Halbsatz HypBG dahingehend eingeschränkt werden sollten, daß der Treuhänder, wenn der Beleihungswert gemäß der von der Aufsichtsbehörde genehmigten Anweisung festgesetzt wurde, nicht zu untersuchen habe, ob der festgesetzte Wert dem wirklichen Wert entspreche.

Diese Vorschläge wurden vom Reichstag gebilligt und gingen in das Gesetz ein. Bei der 3. Lesung unternahm der Abgeordnete Schrader noch eine Beschreibung der Stellung des Treuhänders, welche später mit zur Untermauerung der Ansicht, der Treuhänder sei ein Aufsichtsbeamter oder Beauftragter der Aufsichtsbehörde, herangezogen wurde. Er sagte: "Dieser Treuhänder wird nun nicht, wie anfangs beabsichtigt war, bestellt von den Pfandbriefgläubigern, sondern von der Regierung; er ist in der Tat Aufsichtsbeamter der Regierung, allerdings zweiten Ranges. Er ist der Regierung verantwortlich, nicht den Gläubigern, nicht den Hypothekenbanken; er wird von ihr eingesetzt, kann von ihr abberufen werden." ²⁾

Für die Praxis bedeutsam war noch die bis zum Inkrafttreten des 5. Änderungsgesetzes zum HypBG (1. Januar 1963) geltende Übergangsbestimmung des

1) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 26.

2) Stenogr. Berichte über die Reichstagsverh. Sess. 1898-1900, 3. Bd., S. 2498.

§ 51 HypBG, wonach, sofern bei Inkrafttreten des HypBG (1.1.1900) bei einer Hypothekenbank ein Staatskommissar bestellt war, diesem auch die Obliegenheiten des Treuhänders übertragen werden konnten. Vor allem aber wurde mit den §§ 3 und 4 die bisher entbehrt sichere Grundlage für eine umfassende Staatsaufsicht geschaffen. Dannenbaum¹⁾ hält die Anordnung der Staatsaufsicht für die wichtigste Bestimmung des Gesetzes. Versuche, eine Reichsbehörde mit der Aufsicht zu betrauen, scheiterten. Die Genehmigung neuer Hypothekenbanken wurde zwar grundsätzlich dem Bundesrat übertragen, die laufende Aufsicht blieb jedoch Angelegenheit desjenigen Bundesstaates, in welchem die Bank ihren Sitz hatte.

Im übrigen beschränkte sich das Gesetz nicht nur auf die rechtliche Sicherung der Pfandbriefgläubiger. Die letztlich viel entscheidenderen Fragen des wirtschaftlichen Wertes der Pfänder, einer soliden Geschäftsführung und auch der Schutz der Hypothekenschuldner wurden Gegenstand des Gesetzes und damit auch der Staatsaufsicht.

d) Die Entwicklung unter dem Hypothekenbankgesetz

Schon bald nach dem am 1. Januar 1900 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes bewies der Zusammenbruch von vier Hypothekenbanken, der sog. Spielhagen- und Pommernbank-Konzerne²⁾, welcher durch unerhörte Überbeleihungen und sonstige Manipulationen³⁾ hervorgerufen worden war, den Sinn einer nicht nur vorbehaltenen, sondern auch tatsächlich ausgeübten Staatsaufsicht und der Einrichtung des Treuhänders. Die Kritik Nachods⁴⁾, die Institution des Treuhänders habe sich dabei als durchaus wirkungslos erwiesen, ist in dieser Form unberechtigt. Einzelne Treuhänder mögen damals allzu vertrauensselig gewesen sein - als das HypBG am 1.1.1900 den Treuhänder einführte, waren die betreffenden Banken aber schon ruiniert. Angesichts der damaligen Fassung von § 30 Abs. 1, 2. Halbs. HypBG ist es auch nicht verwunderlich, daß die Treuhänder die Über-

1) Hypothekenbanken, S. 30.

2) Der sog. Spielhagen-Konzern bestand aus der Preußischen Hypotheken-Aktienbank und der Deutschen Grundschuldbank, beide in Berlin. Mit der Pommerschen Hypotheken-Aktienbank in Berlin war die Mecklenburg-Strelitzsche Hypothekenbank verbunden.

3) Budde Justus, Beiträge z. ReichshypBG, 1. Heft S. 36 f.; Ehrlich, Die wirtschaftl. Bedeutung des HypBG, S. 16 f.; Müller-Fürer, Die Hypoth. Banken und die Sicherheit der Hyp. Pfandbriefe, S. 104 ff.; derselbe, Hypothekenbank-Prozesse, 1904; Nachod, Treuhänder und Treuhandgesellschaften, S. 114 f.

4) a. a. O., S. 114.

beleihungen nicht bemerkten. Die Aufsichtsbehörden verstärkten auf Grund dieser Vorfälle die Beaufsichtigung der Hypothekenbanken im Rahmen der recht weitgehenden Bestimmungen der §§ 3 und 4 HypBG.

Nach Überwindung des durch die Zusammenbrüche von 1900/1901 hervorgerufenen Mißtrauens gegen die Pfandbriefe, von dem auch die untadeligen Hypothekenbanken, und das waren die weitaus meisten, betroffen worden waren, war den Hypothekenbanken unter dem neuen reichseinheitlichen Hypothekenbankgesetz zunächst eine stetige Aufwärtsentwicklung beschieden. Der Pfandbriefumlauf stieg von 6 1/2 Milliarden Mark im Jahr 1900 auf 11 Milliarden Mark im Jahr 1914.

Katastrophale Rückschläge brachte die Inflation nach dem 1. Weltkrieg und der Währungsverfall nach dem 2. Weltkrieg. Vor den Folgen derartiger, politisch bedingter Währungskrisen konnte natürlich auch das Hypothekenbankgesetz die Banken nicht bewahren. Bei der Währungsreform von 1948 wurden die Pfandbrief- und Hypothekenforderungen den kurzfristigen Geldforderungen gleichgestellt, was die Pfandbriefinhaber enttäuschen mußte und der Neubelebung des Pfandbriefgeschäftes nicht förderlich war. Wenn der Schuldverschreibungsumlauf der deutschen Hypothekenbanken heute die 30 Milliarden-Grenze überschritten hat, ist dies ein Zeichen der Bewährung dieses wichtigen Kreditzweiges und seiner gesetzlichen Regelung im HypBG. Der Umfang des Schuldverschreibungsumlaufes und der dementsprechenden Deckungswerte vermag das Ausmaß der Verantwortung der Treuhänder zu veranschaulichen. Bemerkenswert für die Entwicklung nach dem 2. Weltkrieg war die steigende Bedeutung der sog. Global-Darlehen und des Kommunaldarlehensgeschäftes ¹⁾.

e) Die Änderungsgesetze zum Hypothekenbankgesetz

Die ersten vier Novellen zum HypBG berührten die Stellung des Treuhänders gar nicht oder, wie das 3. Änderungsgesetz vom 21.12.1927 ²⁾, durch die Einführung des § 34 a HypBG, welches einen Schutz der Deckungsbestände vor Arresten und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von anderen als Pfandbriefgläubigern brachte, nur mittelbar.

Anders das 5. Änderungsgesetz vom 14.1.1963 ³⁾, durch welches das ganze Gesetz den veränderten verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Verhältnissen angepaßt und unter anderem auch einige Vorschriften über den Treuhänder geändert wurden.

1) Seit der 5. Novelle zum HypBG in § 5 Abs.1 Nr.1 und 7 geregelt.

2) RGBl. I, S. 491.

3) BGBl. I, S. 9.

In § 29 HypBG wurde ein Absatz 3 angefügt, welcher für den Treuhänder eine Auskunftspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde vorsieht, gleichzeitig aber auch ausdrücklich feststellt, daß er an Weisungen der Aufsichtsbehörde nicht gebunden ist. Mit der letzteren Feststellung wollte der Wirtschaftsausschuß des Bundestages auf Anregung der Hypothekenbanken zum Ausdruck gebracht wissen, daß an der in der Amtlichen Begründung ¹⁾ hervorgehobenen allseitigen Unabhängigkeit des Treuhänders durch die Einführung dieser Auskunftspflicht nichts geändert wird ²⁾. Die Streitfrage, ob der Treuhänder nach § 30 Abs. 1 HypBG auf ein sog. "formelles" Prüfungsrecht beschränkt, ihm "materielle" Untersuchungen aber verwehrt sein sollen - in dieser Richtung hatte sich schließlich 1899 die Reichstagskommission bei der Fassung des § 30 Abs. 1 HypBG entschieden - wurde erneut aufgeworfen und durch eine Neufassung dieser Bestimmung eine Erweiterung der Prüfungsbefugnisse unter Verneinung einer erweiterten Prüfungspflicht festgelegt.

Der neuefaßte § 34 HypBG sieht nunmehr vor, daß der Treuhänder und sein Stellvertreter eine angemessene Vergütung von der Aufsichtsbehörde erhalten, die Hypothekenbank diese Vergütung der Aufsichtsbehörde zu erstatten und auf Verlangen vorzuschießen hat. Gegenüber der alten Fassung, wonach der Treuhänder den Vergütungsanspruch unmittelbar gegenüber der Bank hatte, der Betrag der vereinbarten Vergütung der Aufsichtsbehörde anzuzeigen war und diese auch in Ermangelung einer Einigung die Höhe festsetzen konnte, ändert sich wirtschaftlich kaum etwas, die Unabhängigkeit der Hypothekenbank gegenüber wird aber dadurch, wie es auch die Amtliche Begründung andeutet, gestärkt ³⁾.

C. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN STAAT UND PFANDBRIEFANSTALTEN UND DIE ENTWICKLUNG DER HYPOTHEKENBANK- AUFSICHT

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Pfandbriefinstitute ist von staatlicher Seite zu keiner Zeit übersehen worden. Das Verhältnis zwischen dem Staat und diesen Instituten war natürlich Wandlungen unterworfen und ist jeweils ein getreues Spiegelbild der allgemeinen Wirtschaftsverfassung gewesen.

Der Bodenkredit auf der Grundlage von Pfandbriefausgaben wurde, wie wir sahen, Ende des 18. Jahrhunderts in Preußen durch staatliche Initiative ins Leben gerufen und beschränkte sich anfangs auf die Befriedigung des Kreditbedürfnisses des grundbesitzenden Adels als der damals noch staatstragenden Schicht.

1) Bundestags-Drucksache IV / 624, S. 11 und 21.

2) Bundestags-Drucksache IV / 763, S. 3.

3) Bundestags-Drucksache IV / 624, S. 22.

Die Landschaften als Träger dieses neuen Kreditzweiges waren ständisch organisierte, öffentlich-rechtliche Körperschaften mit weitgehenden Privilegien. Als Körperschaft des öffentlichen Rechts unterstand jede Landschaft einem besonders bestellten königlichen Kommissar, in 2. Instanz seit 1874 dem Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten ¹⁾. Franz ²⁾ kennzeichnet die Rechtsstellung der landschaftlichen Organe folgendermaßen: "Die Direktionen dieser Landschaften haben den Charakter von öffentlichen Behörden; als solche leiten sie nach Maßgabe der Statuten gegen säumige Schuldner die Zwangsverwaltung ein und beantragen sie den gerichtlichen Zwangsverkauf.... Die Beamten der Landschaften haben die Stellung der mittelbaren Staatsbeamten, sie werden vereidigt, unterstehen dem Disziplinalgesetz und genießen das Komunalabgabenprivilegium der Staatsbeamten (K.O. v. 14. Mai 1832, Gesetz. Sammlung S. 145). Die höheren Beamten werden von den Kreditverbänden gewählt und vom König resp. dem Minister in ihren Ämtern bestätigt ..." ³⁾ Diese Staatsaufsicht über die Landschaften ist allerdings mit der späteren Hypothekenbankaufsicht nur beschränkt vergleichbar, weil es sich bei der ersteren um die bei allen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten gegebenen Anstalts- bzw. Körperschaftsaufsicht handelt. Bei den öffentlich-rechtlichen Bodenkreditinstituten finden wir die Anstaltsaufsicht auch heute noch neben der Bankaufsicht nach dem KWG und HypBG ⁴⁾.

So wohlwollend der Staat den gemeinnützigen, öffentlich-rechtlichen Pfandbriefinstituten gegenüberstand, so zurückhaltend war er bis Anfang der Sechzigerjahre des 19. Jahrhunderts gewerbsmäßig arbeitenden privaten Pfandbriefbanken gegenüber. Erst das dringende Kreditbedürfnis des städtischen Grundbesitzes und die sich stärker durchsetzende liberale Wirtschaftsauffassung führte zur Überwindung dieser Zurückhaltung.

Schon wegen der auch vor Inkrafttreten des BGB in den meisten Bundesstaaten bestehenden Genehmigungspflicht für die Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen ⁵⁾, als welche sich die Pfandbriefe darstellen - vergleichbar

1) Franz, a.a.O., S. 40.

2) a.a.O., S. 40/41.

3) Ähnlich auch Dannenbaum, Öffentlich-rechtliche Kreditanstalten, S. 47; Spelsberg, Handbuch, S. 842.

4) Vgl. § 52 Abs. 1 KWG.

5) z.B. Preußisches Gesetz v. 7.6.1833; als letztes Land führte 1896 auch Bayern das Genehmigungserfordernis ein, vgl. Steffan, Handbuch, S. 312 f.; ob landesrechtlich Emissionsfreiheit bestand oder nicht, war vor den gesetzl. Regelungen sehr streitig, vgl. v. Poschinger, Lehre von d. Befugnis zur Ausstellung v. Inhaberpapieren, München 1870.

dem heutigen § 795 BGB - waren die Hypothekenbanken genötigt, um die staatliche Genehmigung zur Ausgabe von Pfandbriefen nachzusuchen. Um diese Genehmigung, die in Preußen ein dem Unternehmen verliehenes Privileg darstellte ¹⁾, zu erhalten, mußten sie sich freiwillig einer Staatsaufsicht und in Preußen den unangemessen strengen Normativbestimmungen unterwerfen. Diese auf rechtlich höchst unklare und bedenkliche Weise quasi vertraglich begründete Staatsaufsicht ²⁾ erhielt erst durch das HypBG eine einwandfreie gesetzliche Grundlage.

Die Hypothekenbanken haben sich aber keineswegs gegen eine Staatsaufsicht und später den Treuhänder gesträubt. Sie wußten die wirtschaftlichen Vorteile dieser Einrichtungen, welche das Vertrauen des Publikums in ihre Pfandbriefe steigerten, im Vergleich zu den rechtlichen Belastungen, welche für eine solide Geschäftsführung nur geringfügige Unbequemlichkeiten brachten, wohl zu würdigen. Heute, nachdem die Wertpapiere der Hypothekenbanken längst einen festen Platz erworben und zu einem Begriff der Sicherheit geworden sind, spielen diese Überlegungen nicht mehr die Rolle wie um die Jahrhundertwende und früher. Wie sehr man zum Beispiel die Staatsaufsicht damals schätzte und nicht etwa als lästige Kuratel empfand, zeigen einige Ausführungen, die anlässlich des 24. Deutschen Juristentages 1898, welcher sich auch mit dem Entwurf des Hypothekenbankgesetzes befaßte, gemacht wurden. Der Referent Justizrat Dr. Rieser sagte u. a.: "... daß es vielfach so aussah, als sei die Staatsaufsicht nur das Mittel gewesen, um einigen Landeshypothekenbanken besondere Privilegien, wie Mündelsicherheit und Stiftungsmäßigkeit der Pfandbriefe zu verschaffen, daß ferner innerhalb des nämlichen Bundesstaates man einigen Banken, etwa um ihnen die Lombardfähigkeit der Pfandbriefe zu sichern, die Staatsaufsicht 'gewährte', anderen nicht." ³⁾ Auch von staatlicher Seite wurden also anscheinend Nebenabsichten mit der Staatsaufsicht verfolgt. Freiherr v. Pechmann, als Direktor einer Hypothekenbank (Bayerische Handelsbank zu München) wohl kompetent, begründete seinen Antrag, es möge außer Zweifel gestellt werden, daß sich die im Gesetz vorgesehene Staatsaufsicht auf alle Hypothekenbanken gleichmäßig erstrecken solle, ohne Unterschied, ob ein Staatskommissar bestellt sei oder nicht, u. a. mit folgenden Worten: "Diese Rechtsungleichheit tritt am allerschärfsten darin zu Tage, daß gegenwärtig die Staatsaufsicht in der That als ein Privileg betrachtet wird. Man übt sie nicht aus im Interesse der Pfandbriefbesit-

1) Vgl. Steffan, Handbuch, S. 312/313 m. w. Nachweisen.

2) Amtl. Begründung zum HypBG §§ 3 u. 4, S. 21; Budde, Beiträge zum HypBG, 2. Heft, S. 5 f.; Schulze Lothar, Die Staatsaufsicht über das dt. Hypothekenbankwesen, S. 24 f., 84.

3) Verh. d. 24. DJT 1898, 4. Bd., S. 208.

zer, nicht aus im Interesse des Hypothekarkredits, sondern man übt sie - wenigstens praktisch genommen - oder scheint sie auszuüben - richtiger gesagt -, um dem Einen Privilegien zu gewähren, die dem Anderen versagt werden, mit der Folge, daß die Einen einen unendlichen Vorzug im Absatz ihrer Pfandbriefe genießen, dem eine entsprechend größere Güte ihrer Pfandbriefe und der ihnen zu Grunde liegenden Hypotheken durchaus nicht entspricht." ¹⁾ Einzelne Hypothekenbanken waren nach jahrzehntelangem Bestehen ohne Staatsaufsicht auf ihren eigenen, besonders von steuerlichen Gründen bewogenen Antrag hin, unter Staatsaufsicht genommen worden. ²⁾

Eine Staatsaufsicht als Privileg erscheint uns heute kurios. Aber auch wenn man, was heute sicher zutrifft, jede zweckfremde Absicht der Begünstigung ausschließt, bleibt doch ganz objektiv als Positivum von Staatsaufsicht und Treuhänder der Umstand bestehen, daß das anlagesuchende Publikum durch das Vorhandensein dieser Kontrollinstanzen, welche spekulatives oder gar schwindelhaftes Verhalten und überhaupt Abweichungen von den strengen Vorschriften des HypBG verhindern sollen, den Schuldverschreibungen dieser Institute eine besondere Sicherheit beimißt. Bis in die Zeit nach dem ersten Weltkrieg galt die damals im privaten Bankgewerbe als Ausnahmefall dastehende Staatsaufsicht über die Hypothekenbanken als Zeichen und Würdigung der besonderen Bedeutung dieses Bankzweiges für Staat und Volkswirtschaft ³⁾. Nicht umsonst hat später der Gesetzgeber durch § 5 a HypBG den Gebrauch des zu einem Begriff von Solidität gewordenen Namens "Pfandbrief" durch private Kreditinstitute, die nicht dem HypBG und damit der Staatsaufsicht unterliegen, verboten. Die Schiffspfandbrief-Banken, für welche eine Ausnahme gilt, unterliegen nach dem Gesetz über Schiffspfandbrief-Banken vom 14.8.1933 i. d. Fassung vom 8.5.1963 ⁴⁾ ebenfalls einer Staatsaufsicht und haben einen Treuhänder ganz nach dem Vorbild des HypBG.

Die Hypothekenbanken haben auch bis in die jüngste Zeit hinein die positiven Seiten der Staatsaufsicht zu schätzen gewußt. Dies zeigte sich u. a. bei ihrem Eintreten für die Beibehaltung des Staatskommissars während der Gesetzgebungsarbeiten zur 5. Novelle. ⁵⁾ Biber ⁶⁾ spricht vom Staatskommissar als

1) Verh. d. 24. DJT 1898, 4. Bd., S. 220.

2) Vgl. Hecht, Hypothekenbankrecht, in: Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft (Holtzendorff), S. 1084.

3) Steffan, Handbuch, S. 415.

4) BGBI. I, S. 302.

5) Biber, in: Volkswirt, 1962, S. 2440 f.; Schmidt, Hans Walter, a. a. O.; Unglaub, in: Der langfristige Kredit, 1963, S. 81 f.

6) a. a. O.

einem "Freund und Berater". Dannenbaums¹⁾ Hinweis auf die helfende und fördernde Seite der Staatsaufsicht hat über die Jahrzehnte seine Gültigkeit behalten. Mit Recht hat auch neuerdings Bullinger²⁾ wieder darauf hingewiesen.

Die Staatsaufsicht in der vor dem Jahre 1900 praktizierten Form war allerdings, zumal in Preußen, wie der Zusammenbruch der Spielhagen- und Pommernbank-Konzerne schmerzlich bewies, wenig sinnvoll. Die Aufsicht unterschied sich aber in den einzelnen Bundesstaaten erheblich.

Die Vorschriften der preußischen Normativbestimmungen waren in manchen Punkten unnötig streng und hemmend, was die Versuchung zu ihrer Umgehung förderte. Der Staat behielt sich zwar ein Aufsichtsrecht vor, ohne aber eine Aufsichtspflicht anzuerkennen und ohne die Aufsicht tatsächlich auch nur annähernd wirkungsvoll auszuüben.

Die Hypothekenbanken durften mit dieser fragwürdigen Staatsaufsicht Reklame machen, was diejenigen Banken am meisten taten, deren Geschäftsgefahren bedenklich war³⁾. Während die preußische Aufsichtsbehörde einerseits generell übermäßig strenge Vorschriften erließ, überzeugte sie sich tatsächlich nicht einmal von der Einhaltung der fundamentalsten Deckungsbestimmungen. Die genaue Kenntnis der Gefahr einer vertrauenerweckenden Staatsaufsicht ohne Effektivität, wie sie aus der Amtlichen Begründung zum Pfandhalter-Gesetzentwurf von 1880⁴⁾ spricht, wurde im Ergebnis doch unberücksichtigt gelassen. Die Berliner Hypothekenbankkrise der Jahre 1900/1901 war so auch eine Krise der preußischen Hypothekenbankaufsicht⁵⁾. Sie bewirkte eine Änderung der Staatsaufsicht und unabhängig davon die Elimination der wenigen Hypothekenbanken, die durch ihr Geschäftsgefahren die Krise ausgelöst hatten und deren Opfer wurden.

In den folgenden sechs Jahrzehnten bis heute hat es dann auch keine derartige selbstverschuldete Vertrauenskrise im Hypothekenbankwesen mehr gegeben.

Ursächlich für die damalige Form der Staatsaufsicht, die nichts Halbes und nichts Ganzes war, waren wohl die Furcht vor der aus einer Aufsichtspflicht erwachsenden Verantwortung und die Schwierigkeit einer wirksamen Kontrolle.

1) Hyp. Banken, S. 33.

2) Staatsaufsicht in der Wirtschaft, DÖV 1963, S. 872, III Nr. 17.

3) Vgl. Müller-Fürer, (der allerdings oft einseitig polemisiert) Die Hypothekenbanken und die Sicherheit der Hyp. Pfandbriefe, S. 108 ff.

4) a. a. O., S. 167.

5) Die vom Staat begünstigte Preußische Central-Bodenkreditanstalt und seit 1871 die Frankfurter Hypothekenbank nahmen bezüglich der Staatsaufsicht eine Sonderstellung ein und waren z. B. nicht an die Normativbestimmungen gebunden.

Man berücksichtigt dabei nicht genug, daß eine allgemeine Staatsaufsicht als Pflichtaufgabe noch keine, einem bestimmten Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht im Sinne von § 839 BGB zu begründen braucht und eine wirksame Kontrolle auch ohne ständige Bevormundung der Bankverwaltung, die man mit Recht ablehnte, möglich ist. Man übersah, daß man mit der Einführung einer Hypothekenbankaufsicht eine tatsächliche Verantwortung bereits übernommen hatte. Ein unguter Zustand war es auch, daß innerhalb des Reiches die Aufsicht in den einzelnen Ländern nach unterschiedlichen Grundsätzen gehandhabt wurde und selbst innerhalb Preußens und Bayerns gewisse Hypothekenbanken eine Sonderstellung genossen.

Die §§ 3 und 4 des neuen HypBG stellten die Hypothekenbankaufsicht auf eine eindeutige gesetzliche Grundlage. Die Aufsicht wurde als Pflichtaufgabe, deren Form der Wahrnehmung allerdings ins pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Behörde gestellt war, anerkannt¹⁾. Die Grenzen der Aufsichtspflicht, welche nicht zu einer fortlaufenden Kontrolle aller einzelnen Geschäfte führen muß und die Prüfung der Vertrauenswürdigkeit der einzelnen Bank durch deren Gläubiger nicht gänzlich überflüssig macht, wurden klarer herausgestellt. Stärker als alle theoretischen Überlegungen führte dann die Krise von 1900/1901 auch praktisch zu einer wirksameren Ausgestaltung der Staatsaufsicht.

Neben der klaren gesetzlichen Begründung der Staatsaufsicht brachte das HypBG auch dadurch eine stärkere Anteilnahme des Staates, daß in § 29 die Bestellung und Abberufung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde vorgesehen wurde. Diese Bestimmung lag auf der Linie der früher erwähnten badischen, elsäß-lothringischen und mecklenburgischen Gesetze, die bereits die ministerielle Bestellung, Abberufung und Beaufsichtigung des Pfandhalters vorgesehen hatten²⁾.

Gelegentlichen Äußerungen in der Literatur zufolge soll die Praxis mancher Aufsichtsbehörden den Treuhändern gegenüber in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des HypBG recht autoritär gewesen sein. Dannenbaum³⁾ beklagt mehrfach, daß die Aufsichtsbehörden den Treuhändern Weisungen zugehen ließen und der Treuhänder "praktisch eine fast rechtlose Beamtenstellung gegenüber der Aufsichtsbehörde" hatte. Auch Buddes Äußerung⁴⁾, "Praktisch hat die Absetzbarkeit des Treuhänders dahin geführt, daß er die Anweisungen der Aufsichtsbehörde entgegennimmt und befolgt und zu ihrem auf Widerruf angestell-

1) Amtl. Begründung, a. a. O., S. 21; Budde, Beiträge zum HypBG, 2. Heft, S. 19 ff.

2) Vgl. oben I, B, 3).

3) Hypothekenbanken, S. 37 und § 29 Anm. 5.

4) in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 73, S. 554.

ten Beamten geworden ist, dem zur Wahrung irgendwelcher Selbständigkeit kein Gesetz zur Seite steht", weist in dieselbe Richtung.

Andererseits hat aber die preußische Regierung den Treuhänder als außerhalb des Behörden- und Beamtenorganismus stehend angesehen und deshalb seine Einführung bei den öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten abgelehnt ¹⁾. Die Grenze zwischen den legalen Einwirkungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde und der Eigenständigkeit des Treuhänders aufzuzeigen, wird ein Hauptgegenstand dieser Arbeit sein müssen.

Nach dem 1. Weltkrieg traten Tendenzen zur Sozialisierung der Hypothekenbanken auf, die sich jedoch nicht durchsetzten ²⁾. Es wurde aber in den folgenden Jahren eine Reihe von Pfandbriefanstalten auf öffentlich-rechtlicher Grundlage ins Leben gerufen.

1934 ging durch die Verordnung über die Börsen-Hypothekenbank- und Schiffspfandbriefbankaufsicht vom 28. 9. 1934 ³⁾ die Hypothekenbankaufsicht von den Ländern auf das Reich über. In der Hand des Reichswirtschaftsministers waren nunmehr die Zulassungs- und Aufsichtsbefugnisse vereinigt. Das HypBG blieb zwar im übrigen unverändert, aber in den folgenden Jahren wurde durch die dirigistische Wirtschaftsführung des Staates die Bewegungsfreiheit der Hypothekenbanken eingeengt.

Nachdem 1945 alle zentralen Reichsbehörden weggefallen waren, übernahmen wiederum die Länder in eigener Zuständigkeit die Aufsicht über die Hypothekenbanken. Die materiellen Vorschriften über die Staatsaufsicht wurden durch diese Änderung der Zuständigkeit nicht berührt.

Während sich entsprechend der Wirtschaftspolitik der neuen Bundesregierung die soziale Marktwirtschaft in weiten Bereichen wieder verhältnismäßig rasch einspielte, brauchte der Kapitalmarkt Jahre, ehe er seine Funktion des Ausgleiches von Kapitalangebot und -nachfrage wieder annähernd erfüllen konnte. Da vor allem der Wohnungsbau zu einer bedeutsamen öffentlichen Aufgabe geworden war, wurde er von Bund, Ländern, Gemeinden und Sozialversicherungsträgern gefördert. Insbesondere Steuervergünstigungen für Pfandbriefkäufe und die Gewährung von Globaldarlehen, vor allem durch Sozialversicherungsträger, förderten das Passivgeschäft der Hypothekenbanken, brachten allerdings auch Zweckbindungen für das Aktivgeschäft mit sich. Ganz unabhängig von der Staatsaufsicht nahm so der Einfluß des Staates und sonstiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften auf die Geschäftstätigkeit der Hypothekenbanken über die Einflußnahme auf den Kapitalmarkt zu. Mit fortschreitender Normalisierung des Kapital-

1) So Dannenbaum, Öff. Kreditanstalten, S. 10/11.

2) Dannenbaum, Öff. Kreditanstalten, S. 24 ff., 26/27.

3) RGBl. I, S. 863.

marktes verringerte sich dieser fiskalische Einfluß jedoch wieder; Sozialversicherungsträger u. ä. sog. Kapitalsammelstellen werden aber auch künftig zum Kreis der Großanleger gehören, was durchaus den Interessen aller Beteiligten entsprechen kann.

Durch §§ 5 ff. des neuen Gesetzes über das Kreditwesen vom 10. 7. 1961¹⁾ wurde die gesamte Bankaufsicht wieder in die Zuständigkeit des Bundes überführt und das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in Berlin als Bundesoberbehörde errichtet. In dessen Hand sind nunmehr nach § 52 Abs. 2 KWG die Zulassungs- und Aufsichtsrechte des HypBG vereinigt.

D. DAS INTERESSE VON HYPOTHEKENBANKEN, SCHULDVERSCHREIBUNGSGLÄUBIGERN UND STAAT AN DER SICHERHEIT DER SCHULDVERSCHREIBUNGEN UND DER TÄTIGKEIT DES TREUHÄNDERS

1. Das Interesse der Hypothekenbanken

Die Hypothekenbanken befriedigen zwei wirtschaftliche Bedürfnisse. Mit ihrem Aktivgeschäft, der Hingabe von langfristigen Hypotheken- und Kommunaldarlehen, kommen sie dem Kreditbedürfnis der Grundbesitzer und öffentlich-rechtlichen Körperschaften entgegen und ermöglichen vor allem die Finanzierung des Wohnungsbaus und anderer Investitionen. Durch ihr Passivgeschäft, der Ausgabe von Pfandbriefen und Kommunalschuldverschreibungen, stellen sie dem anlagesuchenden Publikum ein langfristiges Rentenpapier zur Verfügung.

Die Schuldverschreibungen der Hypothekenbanken empfehlen sich den anlagesuchenden Geldgebern vor allem durch die Bequemlichkeit und Sicherheit der Geldanlage. Das Vertrauen des Publikums in die Sicherheit der Schuldverschreibungen ist eine Lebensfrage für jede, auf diese Form der Refinanzierung angewiesene Hypothekenbank. Ohne den Ruf der Sicherheit wären die Pfandbriefe und Kommunalschuldverschreibungen auf dem Kapitalmarkt anderen Anlageformen gegenüber nicht konkurrenzfähig. Nicht umsonst versuchten die Hypothekenbanken vor Inkrafttreten des HypBG durch satzungsmäßige Bestimmungen usw. den Schuldverschreibungsgläubigern eine Realsicherheit zu verschaffen²⁾. Viele Jahrzehnte lang bemühten sie sich um die staatliche Anerkennung der Mündelsicherheit, die sie schließlich 1940 reichseinheitlich erreichten³⁾. Heu-

1) BGBl. I, S. 881.

2) s. oben I B. 3).

3) VO über die Mündelsicherheit der Pfandbriefe und verwandte Schuldverschreibungen v. 7. Mai 1940, RGBl. I, S. 756; vorher waren nur die Schuldver-

te werben die Boden- und Kommunalkreditinstitute mit dem Schlagwort "Verbriefte Sicherheit" für ihre Schuldverschreibungen. Die Sicherheit dieser Papiere ist die hervorstechendste Qualifikation für den Wettbewerb im Passivgeschäft und dieses die Voraussetzung für das Aktivgeschäft. Jede Hypothekenbank hat daher das größte Interesse an dem Vertrauen des Publikums in die Sicherheit ihrer Pfandbriefe und Kommunalschuldverschreibungen.

2. Das Interesse der Schuldverschreibungsgläubiger

Es versteht sich von selbst, daß die Gläubiger der von den Hypothekenbanken ausgegebenen Schuldverschreibungen das natürliche Interesse haben, ihre den Banken anvertrauten Gelder pünktlich verzinst und vereinbarungsgemäß zurückgezahlt zu erhalten.

3. Das Interesse des Staates

Der Staat ist als größter Anleihenehmer auf dem Kapitalmarkt wie als Wahrer des öffentlichen Interesses an einem gesunden, den volkswirtschaftlichen Bedürfnissen genügenden Kapitalmarkt, stabilen Währungsverhältnissen und einem geordneten Kreditwesen daran interessiert, daß die Gläubiger der von den Hypothekenbanken ausgegebenen Schuldverschreibungen in ihrem Vertrauen in die Sicherheit dieser Papiere nicht enttäuscht werden. Dieses Interesse hat in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen seinen Ausdruck gefunden.

Der Genehmigungsvorbehalt nach § 795 BGB will generell sicherstellen, daß keine schwindelhaften Inhaberschuldverschreibungen auf Geld in Umlauf gebracht und der Geldmarkt nicht mit geldähnlichen Papieren überschwemmt wird ¹⁾. Alte landesrechtliche Vorläufer dieser Bestimmung gingen in der gleichen Richtung ²⁾.

Auch die Generalklausel des § 6 Abs. 2 KWG, wonach das Bundesaufsichtsamt Mißständen im Kreditwesen entgegenzuwirken hat, die die Sicherheit der den Kreditinstituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können, erfordert eine allge-

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 27:

schreibungen einzelner Hypothekenbanken oder nur deren Kommunalschuldverschreibungen nach Landesrecht mündelsicher; vgl. Dannenbaum, Hypothekenbanken, S. 66 ff. und S. 521 ff.

1) Palandt-Gramm, BGB § 795 A 1 b).

2) v. Poschinger, Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaber-Papieren.

meine Wahrung der Sicherheitsinteressen der Pfandbriefgläubiger.

Über die Aufsicht nach dem KWG hinaus unterliegen die Hypothekenbanken aber noch der weitergehenden Aufsicht nach §§ 3 und 4 HypBG. Nach § 4 ist die Aufsichtsbehörde befugt "alle Anordnungen zu treffen, welche erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb der Bank mit den Gesetzen, der Satzung und den sonst in verbindlicher Weise getroffenen Bestimmungen im Einklang zu erhalten". Zu den Gesetzen in diesem Sinne gehört in erster Linie das HypBG selbst. Dieses Gesetz besteht aber im wesentlichen aus Schutzvorschriften für die Pfandbriefgläubiger, was auch in der Amtlichen Begründung zum 5. Änderungsgesetz wieder unterstrichen wurde ¹⁾. Insbesondere die §§ 6 - 13, 22, 29 - 35 und 37 - 39 HypBG dienen speziell dem Schutz der Pfandbriefgläubiger. Soweit nun das Gesetz selbst die Pfandbriefgläubiger für schutzwürdig hält, muß sich auch die Aufsichtsbehörde mit der Beachtung dieser Normen die Interessen der Pfandbriefgläubiger angelegen sein lassen. Der Satz aus der Amtl. Begründung zum 5. Änderungsgesetz ²⁾ "Die Aufsichtsbehörde muß die dauernde Einhaltung der Schutzvorschriften für die Pfandbriefgläubiger, die den wesentlichen Inhalt des Hypothekenbankgesetzes darstellen, nicht nur nachprüfen, sondern auch durch Anordnungen spezieller Art durchsetzen können", besagt das mit aller Deutlichkeit.

Die Staatsaufsicht wie das HypBG selbst bezwecken allerdings nicht etwa einen einseitigen parteiischen Schutz der Pfandbriefgläubiger. Die Staatsaufsicht dient dem Schutz all derer, die das Gesetz selbst für schutzwürdig hält. Das sind neben den Pfandbriefgläubigern auch die Hypothekenschuldner und die Banken selbst, wobei im Hintergrund immer das Gemeinwohl steht ³⁾.

Es darf nun nicht übersehen werden, daß unter den Bedingungen einer Marktwirtschaft der im Interesse des Gemeinwohls liegende staatliche Schutz des Pfandbriefmarktes und des Realkreditwesens vor Störungen, welche die ganze Volkswirtschaft berühren würden, im Verhältnis zum Schutz der Pfandbriefgläubiger vor Verlusten durch unsolide, gesetzwidrige Geschäftsgebarungen von Hypothekenbanken, in keinem Widerspruch steht. Die zweite, engere Schutzfunktion schließt die nur auf das Gemeinwohl bedachte Aufgabe nicht aus, sondern der Schutz der Pfandbriefgläubiger ist gerade ein Mittel zum Zweck des Schutzes des Rentenmarktes und eines umfangreichen Zweiges des Realkreditwesens. Der Kapitalmarkt und das Realkreditwesen sind ja keine abstrakten Be-

1) BT-Drucksache IV / 624, S. 12 Nr. 2 (§ 4 HypBG).

2) a. a. O., S. 12.

3) Über den Kreis der durch die Bankaufsicht Geschützten vgl. Dannenbaum, Hypothekenbanken, § 3 Anm. 10; Hofmann, Hyp. Bankges., §§ 3, 4 Anm. 7; Honold, Bankenaufsicht, S. 13; Riedl, Bankenaufsicht, S. 29 ff.; Röh, Stellung der Bankenaufsicht, S. 44, 56.

griffe, sondern konkrete Erscheinungen des Wirtschaftslebens. Das Ziel des Schutzes des Pfandbriefmarktes vor Mißständen ist praktisch nur zu verwirklichen, wenn man insbesondere die Kapitalanleger vor schlechten Erfahrungen mit Pfandbriefen bewahrt. Zutreffend hat Wille ¹⁾ dies ausgedrückt, wenn er sagt, daß der Hauptzweck der Staatsaufsicht, günstige Bodenkreditverhältnisse zu erhalten, "durch Erfüllung des näherliegenden (Zwecks) erreicht wird: Sicherung der ... beteiligten Faktoren, der Hypothekenschuldner und Pfandbriefgläubiger."

Wer eine Aktie kauft, weiß oder müßte wissen, daß er ein Wertpapier erwirbt, dessen Sicherheit, jedenfalls rechtlich, nicht gewährleistet ist, er also ein gewisses Risiko eingeht. Diesem Risiko steht die Chance der Teilnahme am Gewinn und an dem Vermögenszuwachs gegenüber. Der Zusammenbruch einer Aktiengesellschaft bedeutet keineswegs ein negatives Urteil über die Aktie als Wertpapiertyp. Anders ist dies bei den Pfandbriefen. Diese dürfen nur unter strengen Voraussetzungen, welche die absolute Sicherheit gewährleisten sollen, ausgegeben werden. Das Vorhandensein der Deckung wird von einem staatlich bestellten Treuhänder und der Aufsichtsbehörde überwacht. Erleiden die Pfandbriefgläubiger auch nur einer Hypothekenbank Verluste, so würde dies vom Laien leicht als Beweis dafür angesehen, daß alle Maßnahmen des Gesetzgebers, der Aufsichtsbehörde und des Treuhänders nicht ausreichen, um die Sicherheit der Pfandbriefe wirklich zu gewährleisten. Damit wäre aber der Pfandbrief als Wertpapiertyp vor den Augen des Publikums in Mißkredit gebracht. Es könnte der Pfandbriefabsatz aller Hypothekenbanken beeinträchtigt und der ganze Rentenmarkt gestört werden. Die Hypothekenbankkrise der Jahre 1900/1901 ist ein warnendes Beispiel dafür.

Obwohl also die Aufsichtsbehörde nicht eine einseitige Interessenwahrerin der Pfandbriefgläubiger ist, muß sie doch aus zwei Gründen um die Sicherheit der Pfandbriefe besorgt sein. Einmal, weil das HypBG selbst mit einer Reihe von Bestimmungen die Pfandbriefgläubiger schützen will, zum anderen, weil die Erhaltung des Vertrauens der Pfandbriefgläubiger ein unerläßliches Mittel zu dem Zweck ist, den volkswirtschaftlich wichtigen Pfandbriefmarkt vor Störungen zu bewahren.

1) Rechtsstellung des Treuhänders im HypBG, S. 49.

4. Die Funktion des Treuhänders und das Interesse an seiner Tätigkeit

Der Treuhänder wird allgemein als Wahrer der Interessen der Pfandbriefgläubiger angesprochen ¹⁾, ohne aber, wie wir noch sehen werden, deren gesetzlicher Vertreter zu sein. Das Gesetz selbst sagt nun nicht, was der Treuhänder ist, es bestimmt nur, was er tun soll. Will man die Aufgaben des Treuhänders in einem Satz zusammenfassen, könnte man sagen, er hat dafür zu sorgen, daß jederzeit vorschriftsmäßige Deckungswerte für die ausgegebenen Schuldverschreibungen vorhanden sind und die Umlaufgrenze des § 7 HypBG eingehalten wird. Mit der Erfüllung dieser Aufgaben gewährleistet er nach menschenmöglichem Ermessen die "Sicherheit" der Schuldverschreibungen. Damit dient der Treuhänder allen, die ein Interesse an der Sicherheit dieser Schuldverschreibungen haben, in erster Linie - und deswegen wurde er vom Gesetzgeber geschaffen - den Schuldverschreibungsgläubigern, daneben mittelbar aber auch der Hypothekensbank und der Aufsichtsbehörde.

Wie Drechsler ²⁾ mit Recht ausführt, haben die Banken selbst kaum ein geringeres Interesse an der Tätigkeit der Treuhänder als die Gläubiger, da ihr Ruf und ihr Umsatz von einer zuverlässigen Gläubigersicherung abhängen und eine vertrauenswürdige Überwachung stets eine Empfehlung für die Geschäfte der Bank ist ³⁾. Der Treuhänder ist ja nur der Nachfolger des vor Inkrafttreten des HypBG häufig von den Banken selbst eingesetzten "Pfandhalters".

Ähnliches gilt für die Aufsichtsbehörde, da auch diese, wie wir sahen, die vom Gesetz für schutzwürdig angesehenen Sicherheitsinteressen der Pfandbriefgläubiger zu wahren verpflichtet ist. Die Aufgabenkreise von Aufsichtsbehörde und Treuhänder überschneiden sich auch weitgehend, z. B. haben beide gleichermaßen die Einhaltung der fundamentalen Deckungsvorschriften zu überwachen. Die durch die 5. Novelle mit § 29 Abs. 3 HypBG eingeführte Auskunftspflicht des Treuhänders der Aufsichtsbehörde gegenüber ist auf dieses Interesse der Aufsichtsbehörde an der Tätigkeit des Treuhänders zurückzuführen.

Unbeschadet der Form der noch zu untersuchenden Rechtsstellung des Treuhänders im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde kommt jedenfalls rein tatsächlich die Tätigkeit des Treuhänders auch der Aufsichtsbehörde zugute. Dieser Um-

1) So Amtl. Begründung zum 5. Änd. Gesetz, a. a. O., S. 21 Nr. 19 (§ 29 HypBG); Barlet-Karding-Fleischmann, HypBG, § 29 Anm. 6; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 7; Hofmann, HypBG, § 29 Anm. 6.

2) a. a. O., S. 120.

3) Ähnlich auch Schulte, Hyp. Banken, S. 140 ff., der Treuhänder und Staatsaufsicht als Institutionen auf dem Gebiete der staatlichen Kreditförderung ansieht.

stand, daß der Treuhänder neben Gruppeninteressen auch eine soziale Aufgabe erfüllt und an seiner Tätigkeit ein öffentliches Interesse besteht, klingt auch in der Literatur gelegentlich an ¹⁾ und hat wohl auch dazu beigetragen, in ihm einen Beamten oder Gehilfen der Aufsichtsbehörde zu sehen ²⁾.

Ließe man diese wirtschaftlichen Gegebenheiten und Interessenlagen außer Betracht und sähe man Treuhänder und Aufsichtsbehörde nur formaljuristisch, so müßte man diese beiden Institutionen ausschließlich als "Beeinträchtiger" der Hypothekenbanken ansprechen. Beide beschränken die Handlungsfreiheit der Hypothekenbanken bzw. zwingen sie zur Einhaltung der durch das Gesetz selbst getroffenen Beschränkungen. Der Treuhänder z. B. entzieht der Bank den Alleinbesitz an den Hypothekenbriefen und läßt ihr nur noch den Mitbesitz (§ 31 Abs. 1 HypBG), die Hypothekenbank darf ohne seine Deckungsbestätigung keine Pfandbriefe ausgeben (§ 30 Abs. 3 HypBG) usw. Alle Rechte des Treuhänders wurden diesem auf Kosten der Hypothekenbank eingeräumt. Nach dem Buchstaben des Gesetzes wäre der Treuhänder nur eine Last für die Bank. Ähnliches gilt auch für die Aufsichtsbehörde. Im Gesetz sucht man vergebens nach einem Ausgleich, einer "Gegenleistung" des Treuhänders oder der Aufsichtsbehörde, denn im Gesetz steht über den mittelbaren aber sehr erheblichen wirtschaftlichen Nutzen nichts.

Will man das Verhältnis von Treuhänder, Hypothekenbank und Aufsichtsbehörde seinem ganzen Wesen nach mit einem Wort umschreiben, so bietet sich dafür am ehesten der Begriff der Symbiose an. Bei einer gesetzmäßigen Tätigkeit aller dieser Beteiligten hat jeder auch von der Tätigkeit der anderen seinen Nutzen, wobei als Nutzen des Treuhänders der der Schuldverschreibungsgläubiger, als Nutzen der Aufsichtsbehörde das Gemeinwohl zu verstehen ist. Auf die dogmatische Begründung und Konsequenz dieser eigenartigen Stellung des Treuhänders werden wir unter III B 2 noch zu sprechen kommen.

1) Vgl. Dernburg, Das bürgerl. Recht, S. 502; Haemmerle, Gutachten f. d. 36. DJT, S. 646; Schumacher, Treuhänd. u. Reichsgericht, S. 12; Hecht, Enzykl., S. 1091.

2) Vgl. unten II. C, 3).

II. DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN AUFSICHTSBEHÖRDE UND TREUHÄNDER IM EINZELNEN. EINE ANALYSE DES POSITIVEN RECHTS.

A. DIE GESETZLICHEN AUFGABEN VON AUFSICHTSBEHÖRDE UND TREUHÄNDER. GEMEINSAMKEITEN UND UNTERSCHIEDE.

Wir haben bereits kurz festgestellt, daß die Aufgaben von Treuhänder und Aufsichtsbehörde teilweise "konform" ¹⁾ laufen. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiderseitigen Aufgabenstellung sollen nunmehr im einzelnen herausgearbeitet werden, bevor die Rechtsbeziehungen dieser Institutionen zueinander untersucht werden.

1. Konforme Aufgaben von Aufsichtsbehörde und Treuhänder

Der Treuhänder hat nach § 30 Abs. 1 und 2 HypBG darauf zu achten, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenpfandbriefe jederzeit vorhanden ist und die zur Deckung verwendeten Werte in das Hypothekenregister eingetragen werden. § 30 Abs. 1 HypBG enthielt bis zum 5. Änderungsgesetz die Einschränkung, daß der Treuhänder, sofern der Wert der beliehenen Grundstücke gemäß der von der Aufsichtsbehörde genehmigten Anweisung festgesetzt ist, nicht zu untersuchen hat, ob der festgesetzte Wert dem wirklichen Wert entspricht. Diese Bestimmung wurde nunmehr dahingehend geändert, daß er zu dieser weitergehenden Untersuchung nicht verpflichtet ist.

Im Zusammenhang mit der früheren Einschränkung der Prüfungsrechte des Treuhänders nach § 30 Abs. 1 Satz 1 HypBG a.F. wurden dessen Kontrollen oft als "formale", die der Aufsichtsbehörde als "materielle" bezeichnet. ²⁾ Damit wollte man sagen, daß der Treuhänder nur die formaljuristische Ordnungsmäßigkeit der Deckungshypotheken, deren "Verität", nicht deren "Bonität" ³⁾ zu prüfen hatte.

Die neue Fassung von § 30 Abs. 1 HypBG ist vorzuziehen ⁴⁾. Der Treuhänder soll die vorschriftsmäßige Deckung der Hypothekenpfandbriefe gewährleisten. Vorschriftsmäßig ist aber nach §§ 10 bis 12 HypBG nur eine tatsächliche,

1) Fleischmann, 5. Novelle zum HypBG, in: Die Sparkasse, 1963, S. 37.

2) z.B. Dannenbaum, Hyp.Banken, S. 38.

3) Vgl. Hecht, Enzyklopädie, a.a.O., S. 1092.

4) A.A.: Unglaub, Realkreditgesetze, S. 77/78 und Schmidt, H.W., Neufass. d. HypBG, in: Zeitschr.f.d.ges. Kreditwesen, 1962, S. 781, die eine Verwischung der Aufgabenteilung zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder befürchten; ähnlich auch Biber, Hyp. Bank-Novelle mit Schönheitsfehlern, in: Volkswirt 1962, S. 2440 f.

nicht bloß formalrechtliche Deckung. Dem Beleihungswert kommt eine ganz zentrale Bedeutung zu.¹⁾ Die Pfandbriefgläubiger haben ein Interesse an einer tatsächlichen und nicht nur fiktiven Deckung. Gerade wenn man, wie etwa Unglaub²⁾, so großen Wert auf die Feststellung legt, der Treuhänder sei Interessenvertreter der Pfandbriefgläubiger, ist es doch inkonsequent, gleichzeitig zu sagen, das Recht, die tatsächliche Sicherheit der Pfandbriefdeckung zu prüfen, gehöre nicht zu den eigentlichen Aufgaben des Treuhänders. Es ist auch nicht richtig, daß der Treuhänder früher nur die "formale" Sicherheit zu prüfen hatte. Er hatte auch eine materielle Prüfungspflicht, allerdings nur soweit, wie die Beachtung der Wertermittlungsanweisung in Frage stand. Die verbreitete schlagwortartige Unterscheidung zwischen "materieller" und "formeller" Kontrolle³⁾ war daher eine bedenkliche Vereinfachung, der jetzt auch durch die Neufassung von § 30 Abs. 1 Satz 1 der Boden entzogen ist.

Ein materielles Prüfungsrecht des Treuhänders, ohne eine Prüfungspflicht allerdings, erscheint auch aus einem anderen Grunde angebracht. Welche Hypotheken den Deckungserfordernissen genügen, die der Treuhänder nachzuprüfen hat, besagen insbesondere die §§ 11 und 12 HypBG. Dabei bestimmt § 12, daß der Beleihungswert den durch sorgfältige Ermittlung festgestellten Verkaufswert nicht übersteigen darf und nur die dauernden Eigenschaften und der anhaltende Ertrag berücksichtigt werden dürfen.

Im Verhältnis zu dieser gesetzlichen Grundregel ist die von der Hypothekenbank nach § 13 HypBG aufgestellte und von der Aufsichtsbehörde genehmigte Anweisung über die Wertermittlung nur eine niedrigerrangige "Ausführungsvorschrift". Kommt eine Wertermittlung zu einem Beleihungswert, der den Verkaufswert i. S. von § 12 HypBG übersteigt, so liegt immer eine Verletzung von § 12 HypBG vor, auch wenn die Wertermittlungsanweisung formell beachtet wurde. Die Hypothek ist dann nicht voll deckungsfähig und die Wertermittlungsanweisung hat sich als unzulänglich erwiesen, weil sie Schätzungen zuläßt, die mit dem Gesetz nicht vereinbar sind. Die alte Fassung gab praktisch der niedriger-rangigen Wertermittlungsanweisung den Vorrang vor dem allgemeinen Grundsatz des § 12 Abs. 1 HypBG und zwang damit den Treuhänder, zunächst eine seiner Meinung nach nicht deckungsfähige Hypothek der Bank gegenüber unbeanstandet zu lassen und über die Aufsichtsbehörde Abhilfe zu erwirken. Gassmann⁴⁾ wollte daher, von der alten Fassung des § 30 Abs. 1 HypBG ausgehend, dem Treuhänder das Recht zubilligen, die von der Aufsichtsbehörde genehmigte Wert-

1) Vgl. auch oben I. B 3).

2) a. a. O. u. in: Der langfristige Kredit, 1963, S. 82.

3) z. B. Dannenbaum, Hyp. Banken, S. 38.

4) Die deutschen Hyp. Banken und ihre Beaufsichtigung durch Staat und Treuhänder, S. 53 ff.

ermittlungsanweisung selbst auf ihre Vorschriftsmäßigkeit zu untersuchen und ggf. eine Änderung zu verlangen. Auch danach hätte die Aufsichtsbehörde die letzte Entscheidung. Die neue Fassung bringt wohl eine sinnvollere Lösung.

Die heutige Fassung des § 30 Abs. 1 HypBG stellt nun das natürliche Rangverhältnis zwischen § 12 HypBG und der Wertermittlungsanweisung wieder her und gibt dem Treuhänder ein uneingeschränktes Wertprüfungsrecht, ohne ihn aber zu verpflichten, mehr als die Beachtung der Wertermittlungsanweisung zu überprüfen.

Es war vernünftig, mit der Fassung "ist nicht verpflichtet" zum Ausdruck zu bringen, daß es nicht etwa Aufgabe des Treuhänders sein kann, eigene Schätzungen des Beleihungswertes vorzunehmen. Die Einhaltung der von fachkundigen Personen aufgestellten und von der Aufsichtsbehörde nach § 13 HypBG genehmigten Wertermittlungsanweisung wird in den weitaus meisten Fällen genügen, um eine denkbar genaue Schätzung zu erreichen. Hat aber der Treuhänder ausnahmsweise einmal den Eindruck, daß eine Schätzung nicht stimmen könne, so wird man ihm gestatten müssen, die Anerkennung dieser Schätzung abzulehnen.

Man wird allerdings nicht übersehen dürfen, daß die Vereinbarkeit einer Schätzung mit der Wertermittlungsanweisung oft ebenso schwer nachprüfbar sein wird, wie die Vereinbarkeit mit § 12 HypBG. Der "Verkaufswert" und der "anhaltende Ertrag" eines Grundstücks lassen sich in einer Marktwirtschaft und für eine entfernte Zukunft nicht exakt festlegen, jede Schätzung ist daher mit zahlreichen Imponderabilien behaftet. Darauf einzugehen, kann nicht Aufgabe des Treuhänders sein.

Im Endergebnis hat sich übrigens durch die Neufassung von § 30 Abs. 1 HypBG wenig geändert. Der Treuhänder wurde nämlich schon bisher für berechtigt gehalten, der Aufsichtsbehörde Mitteilung zu machen, wenn seiner Meinung nach Wertfestsetzungen zu beanstanden waren.¹⁾ Schon über § 33 HypBG konnte er die Aufsichtsbehörde jederzeit auf den Plan rufen. Hielt die Aufsichtsbehörde die Bedenken des Treuhänders für berechtigt, so wies sie die Bank an, eine Berichtigung vorzunehmen und evtl. eine anderweitige Deckung zu stellen. Lehnt nach der neuen Fassung der Treuhänder von sich aus die Anerkennung des Beleihungswertes und damit der Deckungsfähigkeit einer Hypothek ab, so kann die Bank, wenn sie sich damit nicht abfinden will, ihrerseits gem. § 33 HypBG eine Entscheidung der Aufsichtsbehörde herbeiführen. Letzten Endes lag und liegt also die Entscheidung bei der Aufsichtsbehörde.

Während sonst alle Rechte des Treuhänders auch Pflichten darstellen, sieht § 30 Abs. 1, 2. Halbs. HypBG ausnahmsweise eine Einschränkung der Prüfungspflicht vor, um den Treuhänder nicht zu überfordern und den Geschäftsgang der Bank nicht über Gebühr zu behindern.

1) Barlet-Karding-Fleischmann, a. a. O., § 30 Anm. 4; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 30 Anm. 4 und 7.

Weitere Prüfungsaufgaben hat der Treuhänder im Hinblick auf die Eintragung der Deckungswerte in das Hypothekenregister, § 30 Abs. 2, und die Einhaltung der Umlaufsgrenze nach § 7, § 31 Abs. 5 HypBG.

Soweit diese Prüfungsaufgaben des Treuhänders gehen, hat er nach § 32 HypBG auch das Recht, die Bücher und Schriften der Bank einzusehen, die Bank außerdem noch die Pflicht, ihn über Kapitalrückzahlungen usw. fortlaufend zu unterrichten.

Alle oben genannten Prüfungsaufgaben des Treuhänders hat grundsätzlich auch die Aufsichtsbehörde ¹⁾. Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde gehen natürlich darüber hinaus und diese war auch nie auf sog. formelle Prüfungen beschränkt, sondern jederzeit unbeschränkt zu materiellen Wertprüfungen berechtigt.

Soweit der Treuhänder in der vorerwähnten Weise tätig wird, enthebt er die Aufsichtsbehörde der Notwendigkeit eigener eingehender Prüfungen, d. h. diese kann sich stärker auf andere Fragen konzentrieren. Der Treuhänder entlastet daher insoweit die Aufsichtsbehörde. Ganz ähnlich wirkt sich übrigens auch die Tätigkeit des Abschlußprüfers nach §§ 27 ff. KWG aus. Um der Aufsichtsbehörde die Ergebnisse seiner Prüfungstätigkeit nutzbar zu machen, hat der Gesetzgeber im 5. Änderungsgesetz dem Treuhänder auch eine Auskunftspflicht der Aufsichtsbehörde gegenüber auferlegt. In § 30 Abs. 5 HypBG n.F. ist außerdem eine Mitteilungspflicht im Falle der Überschreitung der Umlaufsgrenze festgelegt worden.

2. Verschiedene Aufgaben - ähnlicher Zweck

Nicht alle Aufgaben des Treuhänders sind aber auch gleichzeitig solche der Aufsichtsbehörde. Die Überprüfung und Feststellung der vorschriftsmäßigen Deckung für die Pfandbriefe und Kommunalobligationen ist nur der erste Abschnitt der Aufgaben des Treuhänders. Das Gesetz hat den Treuhänder auch zu einem Garanten für die Erhaltung der Deckung gemacht und ihm dazu besondere Rechte eingeräumt.

Die Löschung eines Wertes im Hypothekenregister oder eine Verfügung der Hypothekenbank über Deckungswerte würde eine Schmälerung der Vermögensmasse bedeuten, an welcher die Schuldverschreibungsgläubiger gem. §§ 34 a und 35 HypBG ein Befriedigungsvorrecht besitzen. Deshalb können nach § 30 Abs. 4 HypBG die im Hypothekenregister eingetragenen Werte nur mit schriftlicher Zustimmung des Treuhänders gelöscht werden. Außerdem wurde dem Treuhänder in § 31 HypBG die Verwahrung der im Hypothekenregister eingetragenen, zur Deckung bestimmten Werte und Urkunden über solche Werte, insbesondere also der Hypothekenbriefe, unter dem Mitverschluß der Bank aufgetragen. Eine Verfügung der Bank über einen Deckungswert bedarf allerdings nicht

¹⁾ Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 5, S. 273.

der Zustimmung des Treuhänders und die Vorschrift des § 31 HypBG schließt auch mißbräuchliche Verfügungen im Einzelfall nicht aus. Bei Buchhypotheken, Buchgrundschulden und Kommunaldarlehen bewirkt § 31 Abs. 1 HypBG keine Sperre. Aber bei den weitaus meisten Deckungswerten für die Pfandbriefe in Form von Briefhypotheken und Briefgrundschulden ist wegen der Vorschrift des § 1154 BGB, wonach zur Abtretung die Übergabe des Briefes erforderlich ist, durch den Mitbesitz des Treuhänders an diesen Urkunden eine Verfügung der Bank ohne das Einverständnis des Treuhänders unmöglich gemacht.

Nach § 30 Abs. 3 HypBG hat der Treuhänder die Pfandbriefe vor der Ausgabe durch die Bank mit einer Bestätigung über das Vorhandensein der Deckung und deren Eintragung in das Hypothekenregister zu versehen.

Die letztgenannten Rechte aus § 30 Abs. 3 und 4 und § 31 HypBG hat nur der Treuhänder, nicht auch die Aufsichtsbehörde. Er ist insoweit nicht nur ein über der Bank stehendes, nach eigenem Ermessen tätig werdendes Kontrollorgan, er ist vielmehr im Interesse der Schuldverschreibungsgläubiger an dem ständigen Vorhandensein der Deckungswerte in die laufende Verwaltung der Bank dergestalt einbezogen, daß seine regelmäßige aktive Mitwirkung erforderlich ist. Hecht ¹⁾ bezeichnet daher den Treuhänder einmal sogar als Organ der Bank. Eine Hypothekenbank kann auch lange Zeit ganz normal arbeiten, ohne auf die Aufsichtsbehörde angewiesen zu sein. Sie bedarf der aktiven Mitwirkung der Aufsichtsbehörde nur in seltenen Fällen, z. B. zur Genehmigung der bereits erwähnten Wertermittlungsanweisung gem. § 13 HypBG. Ohne das ständige Tätigwerden des Treuhänders auf Grund seines Verwahrungsrechtes nach § 31 und dem Bescheinigungserfordernis nach § 30 Abs. 3 wäre aber eine Hypothekenbank nicht nur zur Stagnation verurteilt; sie wäre nicht einmal fähig, den vorhandenen Hypothekenbestand ordnungsgemäß zu verwalten und abzuwickeln ²⁾.

Ein wesentlicher Unterschied in der Tätigkeit beider Einrichtungen besteht weiter darin, daß nur die Aufsichtsbehörde, nicht aber der Treuhänder, hoheitliche Maßnahmen gegen die Bank treffen kann. Die Aufsichtsbehörde kann eine Hypothekenbank anweisen, irgend einen gesetzwidrigen Zustand zu beseitigen und sie kann ihre Verfügung mit Zwangsmitteln durchsetzen ³⁾. Diese Möglichkeiten hat der Treuhänder nicht. Allerdings kann er praktisch trotzdem einen nicht weniger spürbaren Druck auf die Hypothekenbank ausüben. Da das Gesetz für wichtige Maßnahmen der Bank die positive Mitwirkung des Treuhänders

1) Enzyklopädie, a. a. O., S. 1091.

2) Ähnlich Golodetz, Staatsaufsicht, S. 202, der allerdings unzutreffenderweise eine Aufsichtspflicht der Aufsichtsbehörde überhaupt leugnet.

3) § 4 HypBG, § 50 KWG i. V. mit dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 27.4.1953, BGBl. I, S. 157.

vorsieht, liegt seine Stärke im Nein-Sagen. Er kann z. B., wenn er Hypotheken nicht für deckungsfähig hält, ihre Anerkennung und die Erteilung der Deckungsbescheinigung für neue Pfandbriefe nach § 30 Abs. 3 HypBG verweigern ¹⁾, womit er das gesamte Neugeschäft der Bank blockiert. Es ist ihm auch unbenommen, bei Streitigkeiten mit der Bank über § 33 HypBG die Aufsichtsbehörde auf den Plan zu rufen. In schwerwiegenden Fällen kann er zur Unterrichtung der Aufsichtsbehörde verpflichtet sein. ²⁾

Bei unserem Vergleich kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die reinen Prüfungsaufgaben des Treuhänders sind auch Aufgaben der Aufsichtsbehörde. Es besteht insoweit nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied. Die Aufsichtsbehörde darf diese dem Treuhänder aufgetragenen Kontrollen auch selbst vornehmen, wird aber durch die Tätigkeit des Treuhänders eigener Prüfungen weitgehend enthoben und damit entlastet.

Die weiteren Rechte des Treuhänders, besonders die Verwahrung der Hypothekenbriefe unter dem Mitverschluß der Bank und die Erteilung der Deckungsbestätigung auf den Pfandbriefen, stehen nur diesem, nicht auch der Aufsichtsbehörde zu. Die Erfüllung dieser weiteren Aufgaben des Treuhänders ist allerdings der Aufsichtsbehörde nicht gleichgültig, denn diese Aufgaben dienen ja gerade dazu, den vorschriftsmäßigen Zustand der Deckung auch jederzeit zu erhalten und auf den Pfandbriefen zu verlautbaren. Beim zweiten Aufgabenkomplex besteht zwar weiterhin Übereinstimmung im Zweck, im Ziel, nicht mehr aber in den Mitteln zur Erreichung dieses Zieles.

B. DIE BESTELLUNG UND ABERUFUNG DES TREUHÄNDERS. RECHTSNATUR UND VORAUSSETZUNGEN DIESER AKTE.

1. Die Bestellung als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt

Es ist naheliegend, die Bestellung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 HypBG als Verwaltungsakt zu bezeichnen. Bei der Bankaufsichtsbehörde handelt es sich um eine staatliche Verwaltungsbehörde, die bei der Treuhänderbestellung auch hoheitlich und nicht etwa fiskalisch tätig wird. Auch die fürsorgerische Tätigkeit einer Staatsbehörde im Interesse eines schutzwürdigen, nichtorganisierten Personenkreises - hier der Schuldverschreibungsgläubiger ³⁾ - ist Tätigkeit in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion

1) Dannenbaum, Hyp. Banken, S. 29 Anm. 6.

2) Ausdrücklich sieht dies § 30 Abs. 5 Satz 2 HypBG n. F. vor.

3) Vgl. Kommissionsbericht, a. a. O., S. 26.

und damit hoheitliches Handeln ¹⁾).

Nach der zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht von Hans J. Wolff ²⁾ vertretenen neueren Subjektstheorie würde diese Feststellung, daß die Treuhänderbestellung nur von der staatlichen Aufsichtsbehörde vorgenommen werden kann und nur sie allein Zuordnungsobjekt dieses Rechtes ist, schon genügen, um die öffentlich-rechtliche Natur des Verhältnisses Aufsichtsbehörde - Treuhänder zu bejahen. Auch nach der herrschenden Subjektionstheorie ³⁾, welche ein Über- und Unterordnungsverhältnis verlangt, ist dieses Rechtsverhältnis als öffentliches zu bezeichnen, weil zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder ein derartiges Subordinationsverhältnis besteht. Das kommt am augenfälligsten zum Ausdruck in dem Recht der Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG, wonach sie den Treuhänder jederzeit wieder abberufen kann.

Die neuerdings in § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG festgelegte Weisungsungebundenheit des Treuhänders steht der Annahme öffentlich-rechtlicher, weil subordinationsrechtlicher Beziehungen nicht entgegen. Auch der keinen Weisungen unterworfenen Richter steht zum Staat in einem öffentlichen und nicht etwa privaten Rechtsverhältnis. Selbst das Verhältnis der Rechtsanwälte als Angehörige eines freien Berufes zu der für die Zulassung zuständigen Landesjustizverwaltung oder der Anwaltskammer ist, unbeschadet jeder Weisungsungebundenheit, öffentlich-rechtlicher Art. Die Weisungsungebundenheit schließt also ein Subordinationsverhältnis i. S. der Subjektionstheorie und damit die öffentlich-rechtliche Natur der Beziehungen nicht aus. Bei den sog. staatlich oder öffentlich-rechtlich gebundenen freien Berufen, wie Rechtsanwälten, Ärzten, Apothekern usw. ⁴⁾ ist die öffentlich-rechtliche Natur gewisser Rechtsverhältnisse vom Blickpunkt des Verwaltungsrechtlers aus gesehen sogar bei der Begriffsbildung Pate gestanden.

Eine weitere Überlegung zeigt mit aller Deutlichkeit, daß die Treuhänder-Bestellung kein Privatrechtsgeschäft sein kann. Würde sich die Bestellung auf privatrechtlicher Ebene abspielen, könnte sich die Aufsichtsbehörde den dann völlig gleichgeordneten Treuhänder nur durch einen Vertrag verpflichten, was Göppert-Seidel-Friedländer ⁵⁾ auch annehmen. Nun könnte ein derartiger Vertrag, gleichgültig ob man einen Auftrag, §§ 662 ff. BGB, einen Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB, oder einen Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB, annimmt, nur Rechte und Pflichten im Innenverhältnis zwischen den Vertragspartnern begründen,

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 11, 1, S. 181.

2) Verwaltungsrecht I, § 22 II c).

3) Vgl. Forsthoff, a. a. O., § 6 S. 99 ff. m. w. Nachweisen.

4) Näheres zu diesem Begriff und Berufskreis s. unten III B 3 c).

5) Hypothekendarlehenbankgesetz, zu § 29, S. 78.

nicht aber zu Lasten eines Dritten - hier besonders der Hypothekenbank - gehen. Für den Treuhänder sind aber gerade seine Rechte der Bank gegenüber wesentlich. Damit er Rechte der Bank gegenüber erhält, wäre noch ein das Außenverhältnis betreffendes Rechtsgeschäft in Form einer Bevollmächtigung nach §§ 164 ff. BGB oder eine Abtretung nach § 398 BGB erforderlich. Erst dieses Rechtsgeschäft mit Außenwirkung wäre die der Hypothekenbank gegenüber wirkende Treuhänderbestellung. Dann läge, was anzunehmen schon höchst bedenklich ist, nur eine Delegation von Aufgaben der Aufsichtsbehörde auf den Treuhänder vor. Der Treuhänder wäre im Falle einer Bevollmächtigung ein privatrechtlicher Stellvertreter der Aufsichtsbehörde und würde in deren Namen handeln; alle seine Handlungen würden rechtlich dem Staat zugerechnet. Ginge man von einer Abtretung aus, so wären die Rechte des Treuhänders jedenfalls auch nicht originärer Art, sondern nur abgetretene Rechte der Aufsichtsbehörde. In diesem Fall müßte man aber außerdem annehmen, daß die Rechte, welche die Aufsichtsbehörde auf privatrechtlichem Wege auf den Treuhänder delegiert hat, selbst privatrechtlicher Natur sind. Diese Annahme ist aber unhaltbar, denn daß das Aufsichtsrecht der Bankaufsichtsbehörde ein staatliches Hoheitsrecht ist, ist offenkundig. Der Akt, der jemanden zum Treuhänder nach dem HypBG macht, kann daher kein privates Rechtsgeschäft sein.

Die Ansicht von Göppert-Seidel-Friedländer ¹⁾, wonach der Treuhänder in einem vertragsmäßigen, auftragsartigen Verhältnis zur Aufsichtsbehörde steht und die Vorschriften des BGB über den Auftrag, insbesondere die §§ 665 und 666 über die Weisungsgebundenheit und Rechenschaftspflicht anwendbar sind, ist ganz im zivilistischen System des rechtsgeschäftlichen Handelns befangen und nicht haltbar. Mit Recht wurde sie auch allgemein abgelehnt ²⁾. Die Eigenschaft eines Staatsbeamten verneinen selbst Göppert-Seidel-Friedländer und bezeichnen den Treuhänder, ebenso wie Dannenbaum, als Zweckperson sui generis, womit ihre Meinung schon in sich widersprüchlich wird.

Damit, daß wir die Bestellung als hoheitlichen Akt und das Rechtsverhältnis Aufsichtsbehörde - Treuhänder als öffentlich-rechtlich qualifizieren, ist allerdings keineswegs gesagt, daß dem Treuhänder eine beamtenrechtliche Stellung zukommt und er gegenüber der Aufsichtsbehörde keine Unabhängigkeit besitzen kann. Diesen Fragenkomplex werden wir auch noch eingehend zu untersuchen haben. Es ist damit auch nicht etwa die Frage nach der Rechtsnatur der Beziehungen des Treuhänders zur Hypothekenbank oder zu den Pfandbriefgläubigern präjudiziert. Ein Verwaltungsakt kann sehr wohl im Verhältnis des Adressaten

1) a. a. O., S. 78.

2) So Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 4; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 5; Gunz, a. a. O., S. 58.

(Treuhänder) zu Dritten auch privatrechtliche Wirkung zeitigen. Die Figur des heute allgemein anerkannten "privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes" ¹⁾ zeigt dies. Was der Treuhänder mit der Bestellung wird, welchen Inhalt das Rechtsverhältnis Aufsichtsbehörde - Treuhänder im einzelnen hat, werden wir noch zu untersuchen haben.

Die bisherigen Feststellungen würden allerdings einen öffentlich-rechtlichen Vertrag als Form der Bestellung nicht ausschließen. Diese Annahme scheidet aus anderen Gründen aus.

Mit der Bestellung des Treuhänders vollzieht die Aufsichtsbehörde eine Norm, und zwar § 29 Abs. 2 HypBG. Normvollzug in Form eines Verwaltungsaktes und öffentlich-rechtlicher Vertrag sind aber qualitativ verschiedene Gestaltungsformen und regelmäßig nicht miteinander vertauschbar ²⁾. Da eine Ausdehnung des legitimen Anwendungsfeldes des öffentlich-rechtlichen Vertrages die Gefahr der Gesetzesumgehung in sich birgt, ist im Zweifel ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur bei gesetzlicher Ermächtigung zu seinem Abschluß oder in koordinationsrechtlichen Verhältnissen zulässig ³⁾.

Im vorliegenden Fall besteht auch gar kein Bedürfnis zum Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, etwa weil einzelne Fragen eine besondere Regelung erfordern würden. Die Rechte und Pflichten des Treuhänders sind im Gesetz selbst abschließend festgelegt. In einem "Bestellungsvertrag" könnte die Aufsichtsbehörde dem Treuhänder kein Jota mehr Rechte gegenüber der Bank einräumen, als ihm schon nach dem Gesetz zustehen. Ebenso würde jede Dispensierung von im Gesetz vorgesehenen Aufgaben eine Verletzung der abgewogenen gesetzlichen Regelung bedeuten. Das gleiche gilt auch, wenn die Weisungsfreiheit oder die Auskunftspflicht des § 29 Abs. 3 HypBG vertraglich abbedungen würde. Die Bestellung des Treuhänders hat nur die Bestimmung der Person, die Treuhänder sein soll, zum Inhalt. Diese Bestimmung kann ohne weiteres durch einen Verwaltungsakt erfolgen. Aufsichtsbehörde und Treuhänder haben keine Vertragsfreiheit zur Regelung der Rechte und Pflichten des Treuhänders, es besteht keine Verfügungsbefugnis im Sinne von § 106 VwGO ⁴⁾. Es geht auch nicht um die Vereinbarung eines Leistungsaustausches im Wege des "do ut des", so daß für die Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages kein Platz ist ⁵⁾.

1) Forsthoff, Verw. Recht, § 13, S. 247 m. weit. Nachw.; Bürkner, Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, 1930; Kroeber, Problem d. privatrechtsgestalt. Verwaltungsaktes, insbes. S. 34.

2) Forsthoff, a. a. O., § 14, 1, S. 251 ff.; Haueisen, in: NJW 1963, S. 1330.

3) Eingehend dazu Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, u. a. S. 17 ff., 71, 85 m. weit. Nachw.

4) Vgl. Haueisen, a. a. O., S. 1329.

5) Bullinger, a. a. O., S. 17 ff. und S. 254.

Ein gewisses "vertragliches" Element spielt allerdings bei der Bestellung doch eine Rolle. Die Bestellung des Treuhänders wäre ohne dessen Einwilligung fehlerhaft, es muß also bei einer ordnungsgemäßen Bestellung Willensübereinstimmung zwischen Treuhänder und Aufsichtsbehörde bestehen.¹⁾ Die Notwendigkeit der Mitwirkung des Treuhänders bei der Bestellung ergibt sich aus folgendem:

Die Bestellung bringt für den Treuhänder nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit sich. Wir haben ja festgestellt, daß beim Treuhänder Rechte und Pflichten miteinander korrespondieren, das Institut überhaupt fremdnützigen Charakter trägt. Die Bestellung ist deshalb ein Verwaltungsakt, der für den Bestellten auch belastende Wirkung hat. Das Gesetz enthält nun an keiner Stelle eine Verpflichtung zur Übernahme des Treuhänderpostens und der damit verbundenen Pflichten. Da der belastende Verwaltungsakt insoweit einer Rechtsgrundlage entbehrt, muß die fehlende gesetzliche Ermächtigung durch die Zustimmung des Betroffenen ersetzt werden, damit über den Satz "volenti non fit injuria" die Grundsätze des Rechtsstaates gewahrt bleiben²⁾. Eine ähnliche Rechtslage finden wir z. B. bei der Beamtenernennung, der Einbürgerung und früher der Bestellung des Custodians nach dem MRG Nr. 52³⁾. Für diese Fälle hat sich gegen den früher angenommenen Vertragscharakter oder den sog. zweiseitigen Verwaltungsakt der Begriff des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts durchgesetzt⁴⁾. Diese mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte sind zwar, wie alle Verwaltungsakte, einseitige Akte der Verwaltung, sie sind jedoch ohne die Mitwirkung des Betroffenen in Form eines Antrages oder der Einwilligung fehlerhaft.

Die Aufsichtsbehörde muß sich nicht nur der Einwilligung des zu Bestellenden versichern, sie hat nach § 29 Abs. 2 HypBG vor der Ernennung auch die Hypothekenbank zu hören. Dieses Anhörungsrecht der Bank gibt dieser die Möglichkeit, zu einer vorgeschlagenen Person Stellung zu nehmen und eventuell eigene Vorschläge zu unterbreiten. Bei den erheblichen Einwirkungsmöglichkeiten, welche der Treuhänder auf den internen Geschäftsbetrieb der Bank hat, ist ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis zwischen diesen beiden wünschenswert und das

1) Ähnlich Hofmann, § 29 Anm. 28; die Einverständniserklärung der Bank gegenüber wird aber nicht ausreichen, denn die Bank bestellt den Treuhänder nicht. Die Bank kann aber natürlich als Bote die formlose Einverständniserklärung an die Aufsichtsbehörde weiterleiten.

2) Forsthoff, a. a. O., § 11, 4, S. 195.

3) Lehnert, Rechtsstellung des Custodian, S. 42.

4) Forsthoff, a. a. O., § 11, 4, S. 194 ff.; Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 48, S. 280 ff., je mit weit. Nachw.

Anhörungsrecht der Bank gerechtfertigt. Ein Widerspruchsrecht ist der Bank damit aber nicht eingeräumt ¹⁾. Die Aufsichtsbehörde kann sich über Wünsche oder Bedenken der Bank hinwegsetzen. Aus ihrer Auswahl- und Bestellungspflicht ergibt sich aber die Verpflichtung, vorgebrachte Gründe gegen die Bestellung eines Treuhänders sorgfältig zu prüfen.

Das Anhörungsrecht der Bank macht die Treuhänderbestellung jedoch nicht auch insoweit, d. h. der Bank gegenüber, zu einem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt. Unter diesem Begriff fallen nur solche Verwaltungsakte, die einer positiven Mitwirkung des Betroffenen bedürfen. Gegen den Willen desselben soll der Erlaß des Verwaltungsaktes nicht zulässig sein. Anders ist es beim Anhörungsrecht der Hypothekenbank. Eine Bestellung kann auch erfolgen, wenn die Hypothekenbank widerspricht, also gegen deren ausdrücklichen Willen, sofern die Aufsichtsbehörde die Bedenken für unbegründet hält. Das Recht auf Stellungnahme ist daher kein Mitwirkungsrecht, wie es zum Begriff des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt gehört. Die Mißachtung eines derartigen Verfahrensmangels ist daher weniger schwerwiegend und regelmäßig durch Nachholen heilbar. Mit Rücksicht auf die Vertrauensstellung des Treuhänders und die Notwendigkeit einer engen und reibungslosen Zusammenarbeit wird allerdings die Aufsichtsbehörde Bedenken gegen eine als Treuhänder vorgesehene Person tunlichst auch dann berücksichtigen, wenn sie sich noch nicht soweit verdichtet haben, daß eine Bestellung als rechtlich unzulässig erscheint, aber doch verständliche Interessen der Bank berührt werden. Der Ermessensspielraum der Aufsichtsbehörde läßt hierfür genügend Raum.

Die Bestellung des Treuhänders hat aber nicht wie die Approbation oder Zulassung des Angehörigen eines öffentlich-rechtlich gebundenen Berufes, z. B. eines Arztes, Apothekers oder Rechtsanwalts, den rechtlichen Charakter einer Polizeierlaubnis ²⁾. Diese Bestellung ist mehr als nur die Wiederherstellung der natürlichen Handlungsfreiheit. Sie ist die Betrauung einer Person mit einem Komplex gesetzlicher Rechtszuständigkeiten, der unabhängig ist von den persönlichen Rechten und Interessen des Bestellten. Sie verpflichtet den Bestellten zur Ausübung der ihm übertragenen Kompetenzen, d. h. zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben.

1) Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 2; Hofmann, § 29 Anm. 28.

2) Vgl. Gerber, In Freiheit gebundene Berufe, S. 2.

2. Persönliche Voraussetzungen für die Bestellung

a) Allgemeines

Im Gesetz ist über den Kreis der Personen, welche zu Treuhändern bestellt werden können, heute nichts mehr gesagt. Bis zum Inkrafttreten des 5. Änderungsgesetzes bestimmte § 51 HypBG, daß ein Staatskommissar nur dann mit den Obliegenheiten des Treuhänders betraut werden konnte, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes - 1. 1. 1900 - ein Kommissar mit der Überwachung der Pfandbriefausgabe betraut war. In den übrigen Fällen war eine derartige "Personalunion" unzulässig. Mit der Institution des Staatskommissars ist auch diese Vorschrift weggefallen.

Der zum Treuhänder Bestellte soll die ihm vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben erfüllen. Wir können daher ganz allgemein sagen, zum Treuhänder kann nur bestellt werden, wer zur Wahrung der Treuhänderaufgaben erstens willens und zweitens geeignet ist ¹⁾. Daß die Einwilligung des zu Bestellenden vorliegen muß, haben wir mit der Klassifizierung der Bestellung als mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt bereits erkannt.

Als Voraussetzungen für die Eignung werden außer der selbstverständlichen Geschäftsfähigkeit auch Zuverlässigkeit anzusehen sein, die hier gewiß mehr als nur Nichtvorbestraftsein bedeutet, und die fachliche Fähigkeit, die an den Treuhänder herantretenden Rechtsfragen, vor allem auf dem Gebiet des Hypothekenrechts, zu bewältigen. Ein Verzicht auf eine dieser Voraussetzungen würde bedeuten, daß man die gesetzliche Aufgabenstellung des Treuhänders nicht ernst nimmt.

Aus praktischen Erwägungen wird man zudem verlangen müssen, daß der Treuhänder am Sitz der Bank oder in deren Nähe wohnt, damit er seine Aufgaben ohne besonderen Aufwand in regelmäßigen kurzen Zeitabständen und notfalls auch außer der Reihe - zu denken ist vor allem an eine auf Grund von § 31 Abs. 2 und 3 HypBG erforderliche unverzügliche Herausgabe einer verwahrten Urkunde - erfüllen kann.

Auch wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, können aber besondere Tatbestände die Bestellung eines Treuhänders ausschließen. Auf die heute gegenstandslos gewordene Einschränkung beim Staatskommissar wurde bereits hingewiesen. Weitere Einschränkungen ergeben sich aus der Funktion des Treuhänders.

1) Die Ansicht Dannenbaums, Hyp. Banken, § 29 Anm. 9 und Hofmanns, § 29 Anm. 25, wonach jede geschäftsfähige Person Treuhänder sein kann, hebt auf ein selbstverständliches und daher nichtssagendes Merkmal ab. Beide bringen später auch noch weitere Einschränkungen.

Da es seine vornehmste Aufgabe ist, im Interesse der Pfandbriefgläubiger das Vorhandensein der Deckungswerte zu überwachen, kann nicht jemand Treuhänder sein, der als solcher unter Umständen in einen Interessenkonflikt geraten könnte.¹⁾ Auch verbietet es sich, die Kontrollbefugnisse des Treuhänders durch jemanden wahrnehmen zu lassen, der selbst dieser Kontrolle unterworfen werden soll.

Diese beiden negativen Voraussetzungen liegen bei den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern und überhaupt allen Angestellten der Bank vor²⁾. Die Reichstagskommission hat ja seinerzeit u. a. deshalb die Bestellung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde vorgeschlagen, damit seine Unabhängigkeit der Bank gegenüber gewährleistet sei³⁾. Aus demselben Grunde wurde auch in der neuen Fassung des § 34 HypBG bei der Vergütung des Treuhänders die Aufsichtsbehörde zwischengeschaltet. Die gleichen Bedenken bestehen auch gegenüber dem Inhaber eines größeren Aktienpakets, weil ein Großaktionär sich leicht mit der Bank identifizieren wird⁴⁾.

b) Kann ein Beamter zum Treuhänder ernannt werden?

Bedeutsamer gerade für die Praxis war die umstrittene Frage, ob auch Beamte und insbesondere Beamte der Aufsichtsbehörde zu Treuhändern ernannt werden können. Gesetzlich geregelt war die Frage nur für den gem. § 4 Abs. 3 HypBG a. F. ernannten Staatskommissar, § 51 HypBG a. F. Dieser Kommissar wurde aber genau genommen nicht auch noch Treuhänder in Personalunion; vielmehr gab es bei dieser Bank dann überhaupt keinen Treuhänder. Dessen Funktionen wurden dann vom Staatskommissar als solchem wahrgenommen⁵⁾. Glücklicherweise war die Vorschrift des § 51 HypBG a. F. nicht⁶⁾. Die in der Reichstagskommission vorgebrachten und offenbar damals maßgebenden Bedenken, diejenigen Banken, bei welchem ein Kommissar fungiere, genossen den Vorteil, als vertrauenswürdiger angesehen zu werden, was verhindert und nur der Status quo geduldet werden sollte, halten wir heute nicht mehr für durchschlagend. Das erschwert auch die analoge Anwendung des alten § 51 auf alle Beamten der Aufsichtsbehörde. Die Bedenken wegen einer möglichen Interessenkollision hat man

1) Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 3.

2) So auch Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 9; Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 3; Hofmann, § 29 Anm. 25.

3) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 26.

4) Ähnlich Hofmann, § 29, Anm. 25; Barlet-Karding-Fleischmann, § 29, Anm. 3.

5) Vgl. Komm. Bericht, a. a. O., zu § 34, S. 30 und 31; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 51 Anm. 5 und 6.

6) So auch Dannenbaum, a. a. O., § 51 Anm. 1.

anscheinend auch früher nicht für schwerwiegend gehalten, sonst hätte man auch für gewisse Staatskommissare die Vereinigung beider Funktionen nicht zulassen dürfen. Dannenbaum ¹⁾ hielt daher eine Erweiterung des § 51 HypBG für wünschenswert, was der Sache nach im Schiffsbankgesetz in Form des § 28 Abs. 2 a. F. auch geschah.

Vor allem in Preußen bestand lange Zeit die Übung, Mitglieder der Aufsichtsbehörde zu Treuhändern zu ernennen. Der preußische Regierungskommissar Dr. Hermes verteidigte diese Praxis im Jahre 1901 anlässlich einer durch die Hypothekenbankkrise ausgelösten Debatte im preußischen Abgeordnetenhaus ²⁾ mit der Begründung, die Nutzbarmachung der Informationen, welche der Treuhänder gewinnt, sei für die Aufsichtsbehörde von hohem Wert. Dieser Nutzen für die Aufsichtsbehörde kann nicht bestritten werden und wurde sechs Jahrzehnte später durch die mit dem 5. Änderungsgesetz erfolgte Einführung der Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Treuhänders der Aufsichtsbehörde gegenüber gem. § 29 Abs. 3 und § 30 Abs. 5, letzter Satz HypBG auch vom Gesetz selbst anerkannt. Es bleibt aber die Frage, ob diese früher häufige und gewiß ganz praktische Übung der "Delegation" von Aufsichtsbeamten ³⁾ rechtlich zulässig war und ist.

Dannenbaum ⁴⁾ folgert aus § 51, daß - abgesehen u. U. vom Staatskommissar - kein mit der Staatsaufsicht über die Bank betrauter Beamter Treuhänder werden darf. Im Zusammenhang mit seiner Kritik an der Praxis der preußischen Aufsichtsbehörde den Treuhändern gegenüber ⁵⁾, die er als mit dem Gesetz nicht vereinbar bezeichnet, sind seine Bedenken nicht von der Hand zu weisen, auch wenn man aus § 51 und seiner Entstehungsgeschichte einen eindeutigen Beweis nicht führen kann.

Auch § 33 HypBG, welcher der Aufsichtsbehörde bei Streitigkeiten zwischen Treuhänder und Hypothekenbank ein Entscheidungsrecht zuweist, bedingt wohl ein Mindestmaß an Unabhängigkeit des Treuhänders und korrespondierend damit an Neutralität der Aufsichtsbehörde. Daran dürfte es aber fehlen, wenn ein Beamter der Aufsichtsbehörde zum Treuhänder bestellt würde.

Nach dem Inkrafttreten des 5. Änderungsgesetzes ist uns noch ein weiteres Argument an die Hand gegeben. In der Begründung zum 5. Änderungsgesetz ⁶⁾

1) Hyp. Banken, S. 38.

2) Sten. Berichte über die Verhandlungen d. preuß. Hauses d. Abgeordneten, 19. Leg. Periode, III. Sess. 1901, 3. Bd., Sp. 3803.

3) Knacke, Probleme des deutschen Hyp. Bankwesens, S. 179.

4) Hyp. Banken, § 29 Anm. 9.

5) Dannenbaum, Hyp. Banken, S. 37 und § 29 Anm. 5, S. 273.

6) Drucks. IV / 624 S. 21, Nr. 19.

heißt es: "Der Treuhänder ist nach geltendem Recht lediglich zur Wahrnehmung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen. Er unterliegt, auch wenn er von der Aufsichtsbehörde bestellt und abberufen wird, nicht deren Weisungen. Seine Aufgaben ergeben sich ausschließlich aus den Bestimmungen des Hypothekendarlehenbankgesetzes. Von der Übertragung seiner Aufgaben auf den Staatskommissar des § 4 Abs. 3 HypBG hat der Gesetzgeber - abgesehen von der inzwischen gegenstandslos gewordenen Übergangsregelung des § 51 HypBG - seinerzeit gerade im Hinblick auf die verschiedenartigen Aufgabenkreise von Treuhänder und Staatskommissar Abstand genommen. Der Entwurf ... ändert an der Unabhängigkeit des Treuhänders grundsätzlich nichts. Insbesondere wird die Unabhängigkeit nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Entwurf in § 29 Abs. 3 HypBG eine Auskunftspflicht des Treuhänders gegenüber der Aufsichtsbehörde begründet."

Es erscheint zwar fraglich, ob einige der so apodiktisch vorgebrachten Feststellungen der Amtlichen Begründung zutreffen. Über die Rechtsstellung des Treuhänders sind, wie wir noch ausführen werden, in der Literatur die verschiedensten Ansichten vertreten worden. Daß von der Übertragung der Aufgaben des Treuhänders auf den Staatskommissar seinerzeit - gemeint müssen wohl die Gesetzgebungsarbeiten im Jahre 1899, insbesondere die Kommissionsberatungen sein - gerade im Hinblick auf die verschiedenartigen Aufgabenkreise Abstand genommen wurde, ist aus dem Kommissionsbericht ¹⁾ nicht zu entnehmen. Die Sorge vor möglichen Ungleichbehandlungen der Banken dürfte viel stärker gewesen sein. Die Regierungsvertreter haben in der Kommissionsberatung die von einigen Kommissionsmitgliedern ins Feld geführte Unvereinbarkeit beider Aufgabenkreise ausdrücklich bestritten ²⁾. Besonders in Preußen haben die Aufsichtsbehörden auch jahrzehntelang die Bestellung von Beamten der Aufsichtsbehörde zu Treuhändern für zulässig gehalten und den Treuhänder keineswegs als eine von der Aufsichtsbehörde unabhängige Institution behandelt ³⁾. Die Aufgabenkreise von Treuhänder und Aufsichtsbehörde überschneiden sich schließlich, wie wir feststellten, weitgehend. Mit Recht spricht Fleischmann ⁴⁾ von einer weitgehend konform laufenden Tätigkeit.

Auf was es hier ankommt, ist aber folgendes: In der Begründung zum 5. Änderungsgesetz wird davon ausgegangen, daß der Treuhänder der Aufsichtsbehörde gegenüber nicht weisungsgebunden ist, seine Aufgaben sich vielmehr aus dem

1) a. a. O., S. 30 und S. 31.

2) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 30.

3) Vgl. Hermes in: Stenogr. Ber. d. preuß. Abgeordnetenhauses, a. a. O.; Dannenbaum, § 29 Anm. 5, S. 273.

4) in: Sparkasse, 1963, S. 37.

Gesetz ergeben ¹⁾. Der Wirtschaftsausschuß des Bundestages hielt es, ausgehend und übereinstimmend mit der Amtl. Begründung auf Anregung der Hypothekendarlehenbanken für zweckmäßig, im Gesetz selbst zum Ausdruck zu bringen, daß sich durch die Einführung der Auskunftspflicht nichts daran geändert hat. Er schlug daher vor, dem neuen Absatz 3 von § 29 HypBG einen Satz 2 anzufügen, wonach der Treuhänder an Weisungen der Aufsichtsbehörde nicht gebunden ist ²⁾. Das ist - wenn auch vielleicht überflüssigerweise - geschehen.

Wir können unsere Frage heute so formulieren: Ist bei der Bestellung eines aktiven Beamten der Aufsichtsbehörde zum Treuhänder die vom Gesetz (§ 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG) geforderte grundsätzliche Weisungsungebundenheit des Treuhänders und die nach § 33 HypBG vorausgesetzte neutrale Stellung der Aufsichtsbehörde noch gegeben?

Man könnte zunächst sagen, ein derartiger Treuhänder würde zwar in seiner Eigenschaft als Beamter, nicht aber in seiner Eigenschaft als Treuhänder, weisungsgebunden sein. Theoretisch ist diese Differenzierung möglich, gegen ihre praktische Durchführbarkeit bestehen aber Bedenken. Außer der natürlichen Befangenheit eines Beamten seiner Behörde gegenüber ist besonders zu bedenken, daß wohl nur einer der höheren Beamten und Juristen der Aufsichtsbehörde für eine Bestellung in Betracht käme. Dieser verkörpert aber praktisch selbst weitgehend die Aufsichtsbehörde oder ist zumindest an der Willensbildung innerhalb der Behörde maßgebend beteiligt. Es bestünde dann Identität zwischen dem potentiell Anweisenden und dem potentiell Angewiesenen. Es würden dann gewiß keine Weisungen vorkommen, aber nur deswegen nicht, weil die durch Weisungen zu erreichende Lenkung der Tätigkeit des Treuhänders bereits durch die Art der Besetzung dieses Postens auf das Vollkommenste gewährleistet wäre. Von der "Unabhängigkeit" des Treuhänders, wie sie § 29 Abs. 3 Satz 2 und § 33 HypBG voraussetzen, und die u. a. in dem Abberufungsrecht der Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG und der daraus resultierenden Rechtsaufsicht sowieso ihre legalen Grenzen findet, bliebe im Ergebnis überhaupt nichts übrig.

Einer der früheren Hauptgründe für die Bestellung eines Beamten der Aufsichtsbehörde zum Treuhänder, auf diese Weise die Informationen des Treuhänders für die Aufsichtsbehörde nutzbar zu machen ³⁾, ist durch die neu in das Gesetz aufgenommene Auskunftspflicht nach § 29 Abs. 3 HypBG gegenstandslos geworden. Die Bestellung eines aktiven Beamten der Aufsichtsbehörde zum Treuhänder erscheint daher heute weder notwendig noch zulässig. Sie ist wegen der veränderten zentralen Organisation der Aufsichtsbehörde mit ihrem Sitz in Berlin

1) Amtl. Begründung, a. a. O., S. 21, Nr. 19.

2) Bericht d. Wirtschaftsausschusses, a. a. O., S. 3 und S. 8.

3) Vgl. Hermes, in: Stenogr. Berichte d. preuß. Abgeordnetenhauses, a. a. O.

und damit weitab vom Sitz fast aller Hypothekenbanken, im Gegensatz zu der früher meist örtlichen Landesaufsicht, auch nicht mehr aktuell.

Im übrigen wird aber gegen die Bestellung von Beamten anderer Behörden, ausgenommen u. U. denen der Deutschen Bundesbank und des Bundeswirtschaftsministeriums, welche funktionell in die Bankaufsicht mit einbezogen bzw. der Bankaufsichtsbehörde übergeordnet sind, nichts einzuwenden sein. Das gleiche gilt auch für alle Ruhestandsbeamten. Bedenken, daß auch mit ihrer Bestellung zu Treuhändern das Gesetz verletzt würde, erscheinen nicht begründet. Die Ablehnung aller Beamten aus doktrinären Erwägungen findet auch heute im Gesetz keine Stütze ¹⁾. Bei der Mehrzahl der Treuhänder handelt es sich auch heute noch unbedenklicherweise um sonstige Beamte, Ruhestandsbeamte oder Richter.

Nach Mackenthun ²⁾ bedarf die Übernahme der Treuhändertätigkeit durch einen Beamten als Nebenbeschäftigung nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 BBG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften der vorherigen Genehmigung durch die oberste Dienstbehörde.

3. Die Abberufung des Treuhänders

Der Bestellung des Treuhänders steht der actus contrarius der Abberufung gegenüber. § 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG spricht wenig glücklich von "widerrufen". Gemeint ist damit nicht etwa eine rückwirkende Aufhebung der Bestellung, sondern der Akt der Beendigung der Treuhänderstellung, welcher nur für die Zukunft wirkt. Von der Bestellung unterscheidet er sich in einem wichtigen Punkt. Die Abberufung ist kein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, bedarf also nicht der Zustimmung des Treuhänders. Eine vorherige Anhörung der Hypothekenbank ist auch nicht vorgesehen. Aus der Fassung von § 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG "Die Bestellung kann jederzeit durch die Aufsichtsbehörde widerrufen werden", ergibt sich, daß die Abberufung eines Treuhänders in das pflichtgemäße Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt und nicht durch Mitwirkungs- oder Anhörungsrechte erschwert oder verzögert werden soll. Aus dem Charakter der Abberufung als einer Ermessensentscheidung ergeben sich auch deren Grenzen. Auf den Zweck dieses Ermessens und seine Konsequenzen werden wir noch eingehend zurückkommen.

Wurde jemand zum Treuhänder bestellt, der nicht hätte bestellt werden dürfen, oder tritt später ein die Bestellung ausschließender Umstand ein, so ist bzw. bleibt die Bestellung zwar wirksam, die Aufsichtsbehörde wird aber regelmäßig zur Abberufung dieses Treuhänders verpflichtet sein. Ein derart schwerer

1) Ähnlich Dannenbaum, Hyp. Banken, S. 41.

2) Beamte als Treuhänder, in: Der langfristige Kredit, 1960, S. 75 ff.

und offenkundiger Fehler, der die Nichtigkeit der Bestellung bewirken würde, ist nach der Aufnahme der Tätigkeit des Treuhänders und damit seiner schlüssigen Einwilligung zur Bestellung kaum denkbar.

Wir haben gesehen, daß eine gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme der Treuhändertätigkeit nicht besteht und deswegen die Bestellung der Einwilligung des Betroffenen bedarf. Der Treuhänder kann daher grundsätzlich auch jederzeit seine Abberufung beantragen. Er kann aber nicht wie bei einem Vertragsverhältnis kündigen, d. h. durch seine einseitige Erklärung das bestehende Rechtsverhältnis zum Erlöschen bringen. Das Rechtsverhältnis wurde durch einen Verwaltungsakt begründet und kann nur durch einen solchen, allenfalls durch ein Verwaltungsgerichtliches Urteil, beendet werden. Beantragt der Treuhänder seine Abberufung, so ist die Aufsichtsbehörde verpflichtet, die Abberufung vorzunehmen; bis zu deren Vornahme bleibt er aber Treuhänder mit allen Rechten und Pflichten. Die Einwilligung zur Bestellung schließt auch die Bereitschaft ein, nicht zur Unzeit, z. B. nicht innerhalb unangemessen kurzer Frist, die Abberufung zu verlangen. Der Treuhänder muß daher, sofern nicht zwingende, von ihm nicht zu vertretende Gründe vorliegen, der Aufsichtsbehörde soviel Zeit lassen, als diese braucht, eine andere geeignete Person zu finden und diese und die Bank zu hören.

4. Die Form der Bestellung und Abberufung

Über die Form der Bestellung und Abberufung sagt das Gesetz nichts. Es gilt daher für diese Verwaltungsakte der allgemeine Grundsatz der Formfreiheit¹⁾. Notwendig ist aber die Bekanntgabe dem Treuhänder und auch der mitbetroffenen Hypothekenbank gegenüber. Wegen der Bedeutung dieser Akte und aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich aber dringend, für die Bestellung wie für die Abberufung und wenn möglich auch für die Einwilligung des Treuhänders die Schriftform zu wählen. Dem Treuhänder wird man sogar ein Recht auf Aushängung einer Bestellsurkunde zugestehen müssen. Er kann von der Aufsichtsbehörde verlangen, so gestellt zu werden, daß er seinen Verpflichtungen als Treuhänder nachkommen kann. Er kann aber in die Lage kommen, Dritten, besonders Gerichten und Behörden gegenüber, in seiner Eigenschaft als Treuhänder auftreten und sich als solcher legitimieren zu müssen, will er nicht zurückgewiesen werden²⁾. Der Treuhänder bedarf dann einer seine Rechtsstellung ver-

1) Forsthoff, a. a. O., § 11, 6, S. 200; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 15 und 16, S. 277; Hofmann, § 29 Anm. 29, 30.

2) z. B. bei Einlegung einer Erinnerung gem. § 766 ZPO, wenn ein Verstoß gegen § 34 a HypBG vorliegt. Vgl. Barlet-Karding-Fleischmann, a. a. O., § 34 a Anm. 3; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 34 a Anm. 7; Hofmann, § 34 a Anm. 7.

lautbarende Urkunde. Diese ihm von der Aufsichtsbehörde zweckmäßigerweise auszuhändigende Urkunde hat aber, im Gegensatz zur Beamtenernennungsurkunde, keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung.

Das über den Treuhänder Gesagte gilt entsprechend auch für den nach § 29 Abs. 1 HypBG zu bestellenden Stellvertreter.

C. IST DER TREUHÄNDER NACH DEM HypBG EIN STAATLICHER ORGANWALTER ODER EINE BELIEHENE PERSON?

1. Problemstellung

Das Problem der Rechtsnatur und Rechtsstellung des Treuhänders, d. h. die Frage, was er mit der Bestellung wird, beschäftigte die Wissenschaft und in bescheidenem Maße die Rechtsprechung bei weitem am stärksten. Mit Recht, denn je nachdem, welche Rechtsstellung man dem Treuhänder zuweist, ergeben sich bedeutsame Folgerungen für sein Verhältnis zur Aufsichtsbehörde, den Pfandbriefgläubigern, der Hypothekenbank und Dritten. Viele, im Gesetz auch nicht andeutungsweise geregelten Fragen, z. B. ob und wenn ja, wer, ggf. für schadensverursachende Pflichtverletzungen des Treuhänders haftet, können nur beantwortet werden, wenn über die Rechtsstellung des Treuhänders einigermaßen Klarheit herrscht.

Die positive Beantwortung der Frage, welche Rechtsnatur der Treuhänder hat, muß der dogmatischen und rechtsvergleichenden Untersuchung des Abschnittes III. vorbehalten bleiben. Jede Untersuchung und Auslegung von positiven gesetzlichen Bestimmungen muß aber die Grundstrukturen des Rechtssystems und seiner Institutionen berücksichtigen und kann dogmatische Fragen nicht völlig dahingestellt sein lassen. Bei der Auslegung aller die Rechtsbeziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder berührenden Fragen ist es nun von grundlegender Bedeutung, in welchem Verhältnis der Treuhänder organisationsrechtlich und hinsichtlich der Zurechenbarkeit seiner Handlungen zum Staat steht, d. h. ob er in den staatlichen Behördenaufbau eingegliedert ist und staatliche Kompetenz wahrnimmt oder nicht. Die Bestätigung oder Ablehnung der Ansichten, die im Treuhänder einen Organwalter des Staates erblicken, bedeutet eine so grundlegende Weichenstellung, daß wir uns über diese Frage schon an dieser Stelle klar werden müssen, wenn die Analyse des positiven Rechtes zu brauchbaren konkreten Einzelergebnissen führen soll. Das entscheidende Problem der Unabhängigkeit des Treuhänders, Fragen der Staatshaftung usw. hängen davon ab.

Bei unserer Fragestellung: Ist der Treuhänder staatlicher Organwalter? soll der Begriff des "Organwalters" im Sinne von Hans J. Wolff ¹⁾ verstanden werden und ist von dem des "Organs" zu unterscheiden. Unter Organ ist danach die besondere staatliche Institution, die Behörde, der Kompetenzkomplex zu verstehen, Organwalter hingegen ist die physische Person, der Mensch, welcher die

1) Organschaft und Juristische Person, Bd. 2, Theorie der Vertretung, S. 228 ff.

Kompetenzen des Organs tatsächlich wahrnimmt. Ein Beispiel mag den Unterschied verdeutlichen. Ein Organ in diesem Sinne ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft. Die Mitglieder X und Y des Vorstandes sind Organwalter.

Unsere Frage richtet sich deswegen nach der Organwalterstellung und nicht nach der Organstellung, weil der Treuhänder möglicherweise staatlicher Organwalter ist, ohne Organ zu sein. Ist der Treuhänder "Beamter" oder "Gehilfe" der Aufsichtsbehörde, wie manche Autoren meinen, so wäre er nur Organwalter des Organes "Aufsichtsbehörde" (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen). Gibt es eine staatliche Institution "Treuhänder" als selbständiges Organ, so ist der zum Treuhänder ernannte NN dessen Organwalter. Daß auch im letztgenannten Fall die Unterscheidung zwischen Organ (Institution) und Organwalter Bedeutung hat, zeigt sich dann, wenn wir auch den Stellvertreter des Treuhänders in die Überlegungen einbeziehen. Der Stellvertreter des Treuhänders kann immer nur Organwalter sein, und zwar entweder des Organes "Treuhänder" oder des Organes "Aufsichtsbehörde". Ist der Treuhänder staatlicher Organwalter, so sind seine Handlungen rechtlich solche des Organes und werden damit dem Staat zugerechnet.

Wir könnten aber ebensogut auch vom Begriff des Staats-Amtes oder der Amtsinstitution etwa im Sinne Forsthoffs ¹⁾ ausgehen und fragen, ob der Treuhänder eine Einrichtung zur Ausübung einer staatlichen Funktion ²⁾ ist, sei es als selbständiges Amt oder als Teil einer ihn mitumfassenden Behörde.

Entscheidend ist für uns das Kriterium, ob die Handlungen des Treuhänders rechtlich dem Staat - nach der Übertragung der Bankenaufsicht auf den Bund kommt nur noch dieser in Betracht - zugerechnet werden, ob seine Kompetenzen solche des Staates sind, ob er in den staatlichen Behördenaufbau eingegliedert ist.

Der Vollständigkeit halber müssen wir außer nach der Organwalterstellung auch noch danach fragen, ob der Treuhänder als beliehene Person (beliehener Unternehmer) anzusehen ist. Als "beliehene Person" wird dabei eine Privatperson verstanden, welche kraft staatlicher Übertragung hoheitliche Kompetenz (öffentliche Verwaltung) im eigenen Namen ausübt ³⁾.

1) Verwaltungsrecht, § 22 b, S. 393.

2) Vgl. auch Lösch, Begriff der "amtlichen Funktion".

3) Zu dem Begriff "beliehener Unternehmer", "beliehene Person" oder kurz "Beliehener", s. Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, § 23 I S. 526; Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht, S. 95 ff.; Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 74 II ff. und § 104 m. weit. Nachw. Beliehene Unternehmen bzw. beliehene Personen in diesem Sinne sind z. B. die Privatbahnen hinsichtlich der bahnpolizeilichen Kompetenz, Postagenten, die Verwaltungsstellen für die Hypothekengewinnabgabe usw.

Beliehene Person und staatlicher Organwalter üben gleichermaßen öffentliche Verwaltung aus, nehmen staatliche Kompetenzen wahr. Der Unterschied besteht darin, daß der Organwalter im Namen des Staates, die beliehene Person aber in eigenem Namen handelt. Die beliehene Person ist aber als solche auch Beamter im straf- und haftungsrechtlichen Sinne, so daß bei einer Amtspflichtverletzung eine Haftung nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG in Betracht kommt ¹⁾. Da die "beliehene Person" hoheitliche Zuständigkeit wahrnimmt, ist sie als Subjekt öffentlicher Verwaltung auch imstande, Verwaltungsakte zu erlassen.

Der Kürze halber werden wir die Frage, ob der Treuhänder "beliehene Person" ist, regelmäßig nicht besonders stellen. Sie ist in der Literatur anscheinend auch noch nicht aufgeworfen worden, da man diese Möglichkeit wohl als zu sehr am Rande liegend oder, im Ergebnis mit Recht, als abwegig ansah.

Von unserer Fragestellung wird nicht berührt eine Anteilnahme des Staates am Treuhänder, ein öffentliches Interesse an dessen Aufgabenerfüllung, soweit dies nicht zu einer Einbeziehung des Treuhänders in die staatliche Organisation führt. Eine soziale Funktion und ein öffentliches Interesse an seiner Tätigkeit, ähnlich wie wir es bei Vormündern, Pflegern, Ärzten, Rechtsanwälten, Konkursverwaltern, Zwangsverwaltern usw. vorfinden, ist auch bei unserem Treuhänder unschwer festzustellen. Wir wollen hier klären, ob die Rechtsbeziehungen, welche zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder bestehen, dergestalt sind, daß wir den Treuhänder als staatlichen Organwalter oder als beliehene Person anzusehen haben, der ihm zugewiesene Kompetenzkomplex mindestens primär ein staatlicher ist.

Daß der Treuhänder in der Literatur nicht selten dem Staat zugeordnet wurde, ist angesichts des Bestellungs- und Abberufungsrechtes der Aufsichtsbehörde, der weitgehenden Übereinstimmung der beiderseitigen Aufgabenkreise und der Möglichkeit der Wahrnehmung der Treuhänderaufgaben durch den früheren Staatskommissar nach § 51 HypBG a. F. nicht verwunderlich.

2. Stellungnahmen in der Rechtsprechung

Die bekanntgewordene Rechtsprechung hat sich nur am Rande im Zusammenhang mit der Steuerpflicht des Treuhänders mit dessen Rechtsstellung befaßt.

a) Anläßlich eines Streites über die Heranziehung eines Treuhänders zur Gemeindeeinkommensteuer stellte das preußische Oberverwaltungsgericht ²⁾

1) Hans J. Wolff, a. a. O.

2) Urteil vom 2. 10. 1906 OVG E Bd. 49, S. 30 ff.

fest, daß der Treuhänder im Gegensatz zu dem von der Aufsichtsbehörde bestellten Kommissar kein Staatsbeamter sei. Der Treuhänder solle nicht, wie der Kommissar, Organ der Aufsichtsbehörde sein, sondern lediglich die Interessen der Pfandbriefgläubiger wahrnehmen. Es sei mit ihm kein Staatsamt geschaffen worden. Gegen die Staatsbeamteneigenschaft spreche die Regelung der Vergütung in § 34 und auch die Strafbestimmung des § 36 HypBG, die erkennen lasse, daß der Gesetzgeber das Amt des Treuhänders nicht als Staatsamt angesehen habe.

b) Der Reichsfinanzhof bejaht in einem Urteil vom 10.12.1941 ¹⁾ eine umsatzsteuerrechtlich selbständige Tätigkeit des Treuhänders. Der erkennende Senat ist der Ansicht, "daß der Treuhänder eine Zweckperson besonderer Art (sui generis) ist, vergleichbar der Stellung eines Konkursverwalters oder Testamentsvollstreckers". Es sei weder eine Eingliederung des Treuhänders in das Reichswirtschaftsministerium (die damalige Aufsichtsbehörde) noch in die Hypothekenbank gegeben. Ein "beamtenähnliches Verhältnis" genüge nicht. Der Reichsfinanzhof machte sich offenbar die Gunz'sche Zweckpersonentheorie in der Dannenbaum'schen Fassung zu eigen.

c) Im Steuerstreit eines Treuhänders nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) hat sich der Bundesfinanzhof ²⁾ auf die vorgenannte Entscheidung des Reichsfinanzhofes bezogen, dessen Ansicht über den Treuhänder nach dem HypBG geteilt und auf den Treuhänder nach dem VAG übertragen. Er lehnt ein Angestelltenverhältnis des Treuhänders zum Versicherungsaufsichtsamt ab und übernimmt die Zweckpersonentheorie, spricht aber gleichwohl von einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit und einem öffentlichen Amt des Treuhänders nach dem VAG. Aber auch mit dieser Bemerkung wollte der BFH wohl nicht die Eigenschaft eines Staatsorganes bejahen.

Die vorliegenden Urteile hatten durchweg nur eine steuerrechtliche Frage zu entscheiden, weshalb vor allem der BFH keine tieferschürfenden Überlegungen zum Problem der Rechtsstellung des Treuhänders anstellt. Die Bemerkungen über das öffentliche Amt bzw. die öffentlich-rechtliche Tätigkeit des Treuhänders stehen im Widerspruch zu der gleichzeitig übernommenen Zweckpersonentheorie und auch zu dem Hinweis auf die vergleichbare Stellung eines Konkursverwalters oder Testamentsvollstreckers. Diese nicht eindeutigen Randbemerkungen des BFH vermögen jedenfalls eine öffentlich-rechtliche Amtstheorie

1) RStBl. 1942, S. 88.

2) Urteil vom 10.10.1957, BFH E Bd. 65, S. 136 ff.

nicht zu tragen ¹⁾).

3. Die einzelnen Stellungnahmen in der Literatur

- a) Stimmen, die eher für eine Zuordnung zur Aufsichtsbehörde sprechen.

Viele der Ansichten, wonach der Treuhänder der Aufsichtsbehörde zugeordnet sein soll, sind nicht präzise formuliert und werden nicht näher begründet. Ihr Aussagewert ist daher entsprechend gering.

Nach Palandt-Hoche ²⁾, Schuster ³⁾, Fischbach ⁴⁾ und Goldschmidt ⁵⁾ ist der Treuhänder ein "Gehilfe" der Aufsichtsbehörde. Diese Autoren begründen ihre Ansicht nicht näher und erläutern auch nicht, wie sie das Wort "Gehilfe" in diesem Zusammenhang verstanden wissen wollen, ob im Sinne eines Erfüllungsgehilfen, eines Stellvertreters, eines Beamten und staatlichen Organwalters oder nur rein tatsächlich ohne rechtliche Zuordnung. Die beiden erstgenannten Kommentatoren stützen sich im übrigen zu Unrecht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts ⁶⁾. Diese Entscheidung befaßt sich mit einem Grundbuchvertreter nach § 1189 BGB, der nach Ansicht des Klägers "als Gehilfe des Emissionshauses" aufgetreten sei. Vom Treuhänder nach dem HypBG als Gehilfen der Aufsichtsbehörde ist in der Entscheidung keine Rede. Auch die von Schuster zitierte Entscheidung des Kammergerichts ⁷⁾ besagt nur, daß der Treuhänder des HypBG nicht unter den Begriff der Vertretung falle, zum Verhältnis zur Aufsichtsbehörde äußert sich das KG nicht.

Von einem "Beamten" sprechen Gassmann ⁸⁾ und Ehrlich ⁹⁾. Zur Zeit dieser Stellungnahmen in den Jahren 1905 und 1908 hatte aber der Beamtenbegriff noch nicht die heutige Strenge. Da auch beide von einem Begriff des Amtes im

1) Lobscheid, Treuhänder, S. 74, verzichtet auf eine kritische Analyse der Urteile und überschätzt die Bedeutung einzelner Bemerkungen.

2) Kommentar zum BGB, § 1189, 1 b.

3) in RGRKomm. zum BGB, § 1189, Anm. 6.

4) Treuhänder und Treuhandgeschäfte, S. 318.

5) Bericht f. d. 36. DJT, Verhandl. Bd. 2, S. 12 ff., 21.

6) RGZ 117, 372.

7) KG OLG 18, 187 f.

8) Die Dt. Hypothekenbanken u. ihre Beaufsichtigung durch Staat und Treuhänder, S. 66.

9) Die wirtschaftl. Bedeutung des Hypoth. Bankges. u. a., S. 130.

weiteren Sinne ausgehen und Gassmann ¹⁾ schon beim Vorliegen eines fremdnützigen Charakters und einer Pflicht zur Ausübung der Rechte die Beamteneigenschaft bejaht, bleibt unklar, ob mit dem "Beamten" ein Staatsbeamter oder nur eine private Amtsperson wie z. B. der Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker gemeint war. Aus der Ansicht von Gassmann ²⁾, daß der Treuhänder kein privatrechtlicher Vertreter der Aufsichtsbehörde sei und sich der Staat nicht soweit mit den privaten Interessen einer Gruppe (Pfandbriefgläubiger) verbinden könne, daß er sich zum Träger dieser Interessen machen und Parteicharakter annehmen würde, ist zu schließen, daß er den Treuhänder nicht als Staatsbeamten, sondern als private Amtsperson ansieht.

Eber ³⁾ verzichtet ausdrücklich auf eine eingehende Untersuchung, spricht einerseits von den Hilfsorganen Staatskommissar und Treuhänder, führt aber andererseits einige Gründe an, die gegen die Eigenschaft eines Aufsichtsorganes der Aufsichtsbehörde sprechen.

Budde ⁴⁾ hält den Treuhänder für ein Organ der Aufsichtsbehörde, welcher Art die Organstellung sein soll, führt er aber nicht aus.

Unter gleichzeitiger Verneinung der Eigenschaft eines Staatsbeamten wird der Treuhänder von Göppert-Seidel-Friedländer ⁵⁾ als "Beauftragter der Aufsichtsbehörde behufs Vornahmen gewisser im Interesse der Pfandbriefgläubiger erforderlichen Handlungen" angesehen. Es wird weiter ein vertragsmäßiges, auftragsartiges Verhältnis zur Aufsichtsbehörde und die Anwendung u. a. der §§ 665 und 666 BGB angenommen. Bei der Untersuchung des Bestellungsaktes haben wir bereits festgestellt, daß die Annahme eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses zur Aufsichtsbehörde ausscheidet. Ein Weisungsrecht scheitert heute schon an § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG n. F.

Merzbachers Ansicht ⁶⁾ ist in sich widersprüchlich. Einmal neigt er Schraders Ansicht zu, wonach der Treuhänder "Aufsichtsbeamter zweiten Ranges" sei, dann meint er wieder, Gierke folgend, der Treuhänder übe eine ihm staatlich verliehene selbständige privatrechtliche Macht aus.

Lobscheids ⁷⁾ Meinung schließlich, die im Gesetz gewählte Bezeichnung - gemeint ist "Treuhänder" im Gegensatz zu "Vertreter der Pfandbriefgläubiger", wie es der Gesetzentwurf vorsah - solle offenbar die Übertragung auch öffentli-

1) a. a. O., S. 66.

2) a. a. O., S. 65/66.

3) Staat und Realkredit, S. 31 f.

4) Beiträge zum ReichshypBG, 2. Heft, Die Aufsicht über die HypBanken, S. 37.

5) a. a. O., S. 78.

6) Der Treuhänder des ReichshypBG in Bankarchiv V, S. 260 f.

7) Treuhänder, S. 89/90.

cher Aufgaben auf die Aufsichtsperson ausdrücken, ist angesichts der Begründung der Reichstagskommission ¹⁾, wonach der von der Aufsichtsbehörde bestellte Treuhänder nur zur Wahrnehmung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen ist und der Einschränkung seiner Befugnisse in § 30 Abs. 1, 2. Halbsatz HypBG a.F. unhaltbar. Das gleiche gilt für seine Bemerkung ²⁾, die Ansicht, wonach der Treuhänder ausschließlich die Interessen der Pfandbriefgläubiger wahrzunehmen habe, verkenne die Absicht des Gesetzgebers. Lobscheid muß natürlich den Beweis dafür, daß er die Absicht des Gesetzgebers besser kennt, als sie die zuständige Reichstagskommission gekannt hat, schuldig bleiben. Beim Vergleich mit dem Treuhänder nach dem VAG werden wir auf die Überlegungen Lobscheids zurückkommen.

Golodetz ³⁾ beschäftigte sich am ausführlichsten mit unserem Problem und kommt zu dem Ergebnis, der Treuhänder sei ein Aufsichtsbeamter des Staates. Eine kritische Auseinandersetzung mit seinen Gedankengängen ist angebracht. Golodetz ⁴⁾ geht von folgenden Überlegungen aus:

Der Pfandhalter in den gescheiterten Gesetzentwürfen von 1879/1880 und den darauf aufgebauten Partikulargesetzen sei lediglich mit rechtlichen und formellen Pflichten und Rechten ausgestattet gewesen. Er habe nur die äußere Übereinstimmung zwischen den emittierten Pfandbriefen und den zur Deckung vorhandenen Hypotheken zu prüfen gehabt, nicht aber die Güte dieser Hypotheken. 1898/99, bei dem Ausbau des ReichshypBG sei geplant gewesen, neben der neu geschaffenen Basis für eine materielle, energisch zu betätigende Staatsaufsicht die Grundlage für einen Schutz der Pfandbriefgläubiger aus der Partikulargesetzgebung zu übernehmen, mit dem Unterschied, daß hierbei der Vertreter der Pfandbriefgläubiger nicht nur die äußere Übereinstimmung zwischen Pfandbriefen und Deckung, sondern auch den materiellen Wert der Deckungshypotheken innerhalb des engen Gebietes der rechtlichen Schutzvorschriften zu untersuchen haben sollte.

Die Reichstagskommission hat nun nach Ansicht von Golodetz hinsichtlich der Stellung und der Aufgaben des Pfandhalters wesentliche Änderungen vorgenommen. Die wichtigste betreffe den Charakter der Treuhänderinstitution. Der ursprüngliche Name "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" sei in "Treuhänder" umgewandelt, seine Bestellung durch die Versammlung der Pfandbriefgläubiger aufgegeben und die Bestellung durch die Aufsichtsbehörde vorgesehen worden, ohne den Gläubigern einen Einfluß auf Berufung oder Abberufung einzuräumen.

1) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 26.

2) a. a. O., S. 89, Anm. 66.

3) Staatsaufsicht über die Hypothekenbanken, S. 199 ff.

4) a. a. O., S. 200.

Eine andere wichtige Änderung der Kommission sei das völlige Ausscheiden einer jeglichen Prüfung der Hypotheken auf ihren materiellen Wert aus den Aufsichtspflichten des Treuhänders. Der zum Gesetz gewordene, so abgeänderte Entwurf verbiete direkt dem Treuhänder, sofern der Wert der beliehenen Grundstücke gemäß der von der Aufsichtsbehörde genehmigten Anweisung festgesetzt ist, zu untersuchen, ob der festgesetzte Wert dem wirklichen Wert entspricht (§ 30 Abs. 1 HypBG).

Diese weitgehende Änderung der Gesetzesvorlage durch die Kommission habe den Charakter dieser Einrichtung, d. h. des Treuhänders, wesentlich anders gestaltet. Der Pfandhalter der früheren Gesetzgebung sei in juristischer Beziehung ein Vertreter der Pfandbriefgläubiger, im vollen Sinne des Wortes ein Bindeglied zwischen der Hypothekenbank und ihren Gläubigern, gewesen. Seine Funktionen seien ein Ausfluß der Rechte der Gläubiger gewesen. Der Treuhänder des geltenden HypBG könne dagegen nicht als Organ der Pfandbriefgläubiger angesehen werden, dessen Tätigkeit darauf gehe, die sämtlichen Rechte der Pfandbriefgläubiger bei Bedarf geltend zu machen. Es sei vielmehr, so folgert nun Golodetz ¹⁾, "in seiner gesetzlichen Gestalt ein Aufsichtsbeamter des Staates, dem die Wahrung einiger Interessen der Bankgläubiger durch Ausübung gewisser Funktionen rechtlicher Natur, amtlich anvertraut wird."

Schon die Prämissen für die Folgerung von Golodetz sind unrichtig. Sicher ist der Pfandhalter der Gesetzentwürfe von 1879/80 und der folgenden Partikulargesetze als ein echter Vertreter der Pfandbriefgläubiger anzusehen. Golodetz irrt aber, wenn er meint, der Entwurf des HypBG habe die Grundlage für einen Schutz der Pfandbriefgläubiger aus der Partikulargesetzgebung herübergenommen und erst die Reichstagskommission habe durch wesentliche Änderungen den Charakter dieses Instituts gewandelt. Beide Gesetzentwürfe für das HypBG gingen von der Grundentscheidung aus, kein Pfandrecht der Pfandbriefgläubiger an den Deckungshypotheken vorzusehen, sondern die Pfandbriefgläubiger durch ein Konkursvorrecht zu schützen. Diese, auch Gesetz gewordene Entscheidung machte einen Pfandhalter gänzlich überflüssig, ja unmöglich. Konsequenterweise sah auch der erste Gesetzentwurf überhaupt kein vergleichbares Institut vor. Erst der zweite Entwurf sah den sog. "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" vor. Aber schon dieser sog. Vertreter war kein Stellvertreter im juristischen Sinne gem. §§ 164 ff. BGB mehr, denn er übte keine Rechte der Pfandbriefgläubiger aus und konnte diese auch nicht verpflichten. Im Vergleich zu dieser schon im Gesetzentwurf enthaltenen Änderung des Rechtscharakters des sog. "Vertreters der Pfandbriefgläubiger" sind die von der Kommission vorgenommenen Änderungen zweitrangig.

1) a. a. O., S. 201.

Der Name "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" wurde deshalb in "Treuhänder" umgewandelt, um eine Verwechslung mit dem eventuell nach dem Schuldverschreibungsgesetz gewählten Vertreter zu vermeiden. Die Bezeichnung "Treuhänder" schien der Kommission nicht ungeeignet, da auch sie erkennen lasse, daß der Betreffende trotz der Bestellung durch die Aufsichtsbehörde nur zur Wahrung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen sei ¹⁾. Auch die Ernennung durch die Aufsichtsbehörde anstelle einer Wahl durch die Versammlung der Pfandbriefgläubiger, wofür allein Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte entscheidend waren, änderte an der Funktion des Treuhänders nichts. Den Pfandbriefgläubigern wurde damit zwar eine Einflußnahme auf die Person des Treuhänders genommen, aber nach den Gesetzentwürfen von 1879/80 hätten die Pfandbriefgläubiger ebenfalls kein Wahlrecht gehabt, weil dort die Bestellung des Pfandhalters durch die Hypothekenbank vorgesehen war. Auch einige Partikulargesetze sahen die Bestellung des Pfandhalters durch das Ministerium und nicht durch die Pfandbriefgläubiger vor. Die Änderung des Namens bezog sich auf ein schon vorher wesentlich verändertes Institut. Golodetz setzt Namen und Begriff in unzulässiger Weise gleich.

Auch die Änderung des § 30 Abs. 1 HypBG durch die Kommission zwingt nicht zur Annahme eines grundlegenden Wandels der Rechtsnatur. Diese nicht gerade glückliche Einschränkung stellte klar, daß der Treuhänder Fragen des wirtschaftlichen Wertes eines beliebigen Grundstücks nicht zu prüfen hatte, soweit die Wertermittlungsanweisung eingehalten war. Das war aber doch gerade die vollkommene Übereinstimmung mit dem alten Pfandhalter, der nach Golodetz eigenen Worten auch nur "... die äußere Übereinstimmung zwischen den emittierten Pfandbriefen und den zur Deckung vorhandenen Hypotheken zu prüfen (hat), nicht aber die Güte dieser Hypotheken"! ²⁾ Es geht nicht an, zunächst die Beschränkung auf ein nur "formelles" Kontrollrecht als Kennzeichen für den Pfandhalter und dann wieder als Beweis für ein Verlassen des Pfandhaltervorbildes zu bezeichnen! Abgesehen davon ist auch nicht einzusehen, weshalb die Einschränkung des Kontrollrechtes des Treuhänders diesen zu einem Aufsichtsbeamten des Staates machen soll.

Der Ansicht, der Treuhänder des HypBG könne nicht als echter Vertreter der Pfandbriefgläubiger angesehen werden, schließen wir uns gerne an. Die von Golodetz vorgebrachten Gründe, wonach der Treuhänder ein Aufsichtsbeamter des Staates sein soll, vermögen aber nicht zu überzeugen. Golodetz sah offenbar nur zwei Möglichkeiten: entweder ist der Treuhänder Vertreter der Pfandbriefgläubiger, was er mit Recht verneint, oder er ist Aufsichtsbeamter des Staates.

1) Komm. Bericht, S. 26.

2) a. a. O., S. 200.

tes. Die weitere Möglichkeit, daß er ein echter Treuhänder im Rechtssinne sein könne, wie Schultze ¹⁾ es dargestellt hat, erörtert er überhaupt nicht, obwohl er über die von ihm zitierte Abhandlung von Gunz, dessen Ansicht er falsch wiedergibt, mit dieser Theorie bekannt geworden sein mußte. Ebenso wenig geht er auf die Amtstheorie, wie sie sich für Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw. herausgebildet hat, ein. Als Treuhänder in diesem Sinn kann unser Treuhänder des HypBG Interessenvertreter der Pfandbriefgläubiger sein, ohne deren Stellvertreter sein zu müssen. Wir werden auf diese Frage im Abschnitt III noch eingehen. Die Bezugnahme auf Göppert und einen Reichstagsabgeordneten - gemeint ist Schrader - vermag ebenfalls nicht zu überzeugen.

Wegen seiner voreilig erscheinenden Folgerung muß Golodetz auch alsbald dem Gesetzgeber Inkonsequenz deswegen vorwerfen, weil er die Bestimmung über den Treuhänder nicht mit der Regelung der allgemeinen Aufsicht in Zusammenhang gebracht habe ²⁾. Er versucht dies durch die Charakterunterschiede der beiden Kontrollarten in Bezug auf den freiwilligen oder gezwungenen Charakter der Kontrollausübung zu erklären. Er meint, der Treuhänder sei zur Ausübung seiner (formellen) Funktion verpflichtet, während er eine Verpflichtung der Aufsichtsbehörde zur Ausübung der materiellen Aufsicht leugnet ³⁾.

Dieser Charakterunterschied trifft nur insofern zu, als bei einer tatsächlichen, aber pflichtwidrigen Untätigkeit der staatlichen Aufsichtsbehörde der Geschäftsbetrieb der Bank im wesentlichen ungestört weitergehen könnte, die Untätigkeit des Treuhänders aber den Bankbetrieb lahmlegen würde, weil die Bank ohne Mitwirkung des Treuhänders u. a. keine neuen Pfandbriefe ausgeben könnte und wegen des Mitbesitzes an den Hypothekenbriefen auch in der Verwaltung des vorhandenen Hypothekenstockes arg behindert wäre. Aus diesem weniger starken Angewiesensein der Bank auf die Aufsichtsbehörde als auf den Treuhänder kann aber noch nicht geschlossen werden, daß der Treuhänder staatlicher Aufsichtsbeamter ist. Die Verneinung einer Aufsichtspflicht ist auch mit dem Gesetz und der Amtl. Begründung ⁴⁾ unvereinbar.

Wenn Golodetz ⁵⁾ schließlich von dem allgemein herrschenden Mißtrauen gegen die Besetzung der Treuhänderstellen mit Beamten des beaufsichtigenden Ministeriums spricht, welches den preußischen Landwirtschaftsminister veranlaßt haben soll, vor dem Abgeordnetenhaus die Erklärung abzugeben, daß in Zukunft

1) Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht, in Iherings Jahrb., 43. Bd., S. 1 f. und S. 96 f.

2) a. a. O., S. 201.

3) a. a. O., S. 202 und 221.

4) a. a. O., zu §§ 3, 4, S. 21.

5) a. a. O., S. 204.

ministerielle Beamte nicht mehr zu Treuhändern ernannt werden sollen, so müßte dies, insbesondere die Erklärung des Ministers, die größten Zweifel an der Richtigkeit seiner eigenen These hervorgerufen haben. Diese kritische Einstellung und das Verhalten des zuständigen preußischen Ministers wären doch völlig unverständlich, ja unsinnig, wenn Golodetz recht hätte und der Treuhänder nichts anderes als ein staatlicher Aufsichtsbeamter wäre! Es wäre doch das Selbstverständlichste, daß die Funktion eines staatlichen Aufsichtsbeamten von einem Beamten der Aufsichtsbehörde wahrgenommen würde.

Auch bei der Trennung von formeller und materieller Aufsicht bei Treuhänder und Aufsichtsbehörde ist die Darstellung von Golodetz nicht widerspruchsfrei. Er schreibt ¹⁾: "Einen ganz anderen Charakter trägt die Aufgabe des Treuhänders, einer qualitativen Verminderung (des Hypothekenstockes) entgegenzuwirken. Hier ist der springende Punkt nicht die 'genügende', sondern die vorschriftsmäßige Deckung, ihr innerer Wert. Der Treuhänder steht hier vor der Aufgabe, nur reelle Hypotheken zur Deckung zuzulassen, ... Leider ist eine markante Grenze, die hier die Aufgabe des Treuhänders von denen des Kommissars trennen soll, schwer herzustellen, weil es nicht leicht ist, mit Genauigkeit zu konstatieren, wo hier die formelle Kontrolle endet, und die materielle beginnt. Die letztere ist aber dem Treuhänder ausdrücklich verboten."

Die Unterscheidung von "genügender" und "vorschriftsmäßiger" Deckung dient gewiß nicht der Erhellung. Der innere Wert einer Hypothek, das, was sie zu einer reellen Hypothek macht, ist doch offenbar ihr wirtschaftlicher Wert, der neben dem formal-rechtlichen Bestand gegeben sein muß. Die Prüfung des wirtschaftlichen Wertes ist doch aber das, was dem Treuhänder als Gegenstand der materiellen Aufsicht früher entzogen sein sollte. Wenn nur eine Hypothek mit innerem Wert, eine reelle Hypothek, vorschriftsmäßig ist, dann ist jede Trennung von angeblich nur formeller und auch materieller Aufsicht, deren Abgrenzung er verständlicherweise als schwierig bezeichnet, unmöglich.

Schließlich zeigt die Bemerkung von Golodetz ²⁾: "Von den als Treuhänder fungierenden Kommissaren ist zu bemerken, daß nur die Funktion, nicht der spezifisch-rechtliche Charakter des Treuhänders auf sie übertragen wird", daß er sich doch wohl selbst der Andersartigkeit des Treuhänders im Verhältnis zum Staatskommissar, welcher gewiß ein staatlicher Aufsichtsbeamter ist, bewußt war. Damit entzieht er aber auch seiner vorher geäußerten Auffassung den Boden, der Treuhänder sei ein staatlicher Aufsichtsbeamter, denn der Treuhänder kann nicht gleichzeitig selbst staatlicher Aufsichtsbeamter und doch von einem solchen wesensverschieden sein. Die Ausführungen von Golodetz über

1) a. a. O., S. 218.

2) a. a. O., S. 226.

die Rechtsnatur des Treuhänders vermögen daher nicht zu überzeugen.

Der Vollständigkeit halber sei auch noch die Äußerung Schraders in der 3. Lesung des HypBG ¹⁾ erwähnt, wonach der Treuhänder Aufsichtsbeamter der Regierung, allerdings ein solcher zweiten Ranges, sein soll.

b) Stimmen gegen eine staatliche Organwalterstellung.

Die überwiegende Meinung, so Barlet-Karding-Fleischmann ²⁾, Dannenbaum ³⁾, Dernburg ⁴⁾, Drechsler ⁵⁾, Fleminger ⁶⁾, Gierke ⁷⁾, Koch ⁸⁾, Kummert ⁹⁾, Hofmann ¹⁰⁾, Gunz ¹¹⁾, Hillig ¹²⁾, Schultze ¹³⁾, Triepel ¹⁴⁾, Wille ¹⁵⁾, Voges ¹⁶⁾, v. d. Thüsen ¹⁷⁾, hat sich zu allen Zeiten gegen die Annahme gewendet, der Treuhänder sei Beamter, Vertreter, Gehilfe oder Organ der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Auch die preußische Regierung hat - jedenfalls im Prinzip - die Eigenständigkeit des Treuhänders anerkannt und die Tatsache, daß der Treuhänder keine in die Beamtenorganisation eingereihte Stelle ist, als Grund für die ablehnende Haltung gegenüber einem Treuhänder auch bei öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten angeführt ¹⁸⁾.

In einem Punkt ist die Ansicht Dannenbaums ¹⁹⁾, und diesem folgend auch die Hofmanns ²⁰⁾ inkonsequent. Sie und auch Barlet-Karding-Fleischmann ²¹⁾

-
- 1) Stenogr. Berichte, a. a. O., S. 2498.
 - 2) a. a. O., § 29 Anm. 2, 4 u. 7.
 - 3) Hyp-Banken, § 29, Anm. 2 u. 5.
 - 4) Bürgerl. Recht, S. 502.
 - 5) a. a. O., S. 125, 126.
 - 6) Die Sicherung der Besitzer von Hyp-Pfandbriefen, S. 85 ff.
 - 7) Deutsches Privatrecht, S. 953.
 - 8) Treuhänder nach dem VAG, S. 13.
 - 9) Handbuch, S. 810.
 - 10) a. a. O., § 29 Anm. 5.
 - 11) a. a. O., S. 57.
 - 12) HypBankGes., § 29 Anm. 2 a.
 - 13) Treuhänder, S. 101.
 - 14) Staatsdienst u. staatl. gebundener Beruf, S. 10/11.
 - 15) Die Rechtstellung d. Treuhänders im HypBG, S. 50/51.
 - 16) Der Treuhänder in den Reichsges., S. 32/33.
 - 17) Amtstreuhänder, S. 229.
 - 18) Vgl. Nachweis bei Dannenbaum, Öff. rechtl. Kreditanstalten, S. 10/11.
 - 19) Hyp-Banken, § 29 Anm. 6.
 - 20) Hyp. BankGes., § 29 Anm. 7.
 - 21) Hyp. BankGes., § 29 Anm. 5.

unterscheiden nicht genügend zwischen dem Verhältnis Aufsichtsbehörde - Treuhänder und dem Verhältnis Treuhänder - Bank und halten anscheinend alle Rechte und Pflichten des Treuhänders für öffentlich-rechtliche. Nachdem Dannenbaum zuvor ausgeführt hat, daß der Treuhänder kein Beamter der Aufsichtsbehörde und auch niemandes Stellvertreter, sondern Zweckperson sui generis i. S. von Gunz, und er in Auslegung des Gesetzes der Bank gleichgeordnet ist, bezeichnet er später seine Befugnisse der Bank gegenüber als öffentlich-rechtlich. Das ist miteinander unvereinbar. Die Theorie von der Zweckperson stellt, wie wir in Abschnitt III noch ausführen werden, eine Variante der für Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter usw. herausgebildeten Amtstheorie dar, nach welcher diese Personen ein privatrechtliches und kein staatliches Amt ausüben. Wenn aber der Treuhänder einen privatrechtlichen Status besitzt und er zur Bank in einem Verhältnis der Gleichordnung steht, kann dieses Rechtsverhältnis kein öffentliches sein. Die Beziehungen zwischen zwei gleichgeordneten Privatrechtssubjekten können nur privatrechtliche sein. Wenn das Verhältnis Treuhänder - Hypothekenbank tatsächlich ein öffentlich-rechtliches wäre, müßte der Treuhänder staatlicher Organwalter oder beliebene Person sein und der Bank gegenüber Verwaltungsakte erlassen können. Dannenbaum dürfte hier zwingendes, der Parteidisposition entzogenes Privatrecht (*ius cogens*) mit öffentlichem Recht (*ius publicum*) verwechselt haben.

4. Die Argumente für und wider eine Organwalterstellung

Wenn wir die Argumente für und wider eine staatliche Organwalterstellung des Treuhänders gegenüberstellen, so ergibt sich folgendes Bild:

Für eine Organwalterschaft oder die Stellung einer beliebigen Person könnten sprechen:

- 1.) Die Bestellung und Abberufung des Treuhänders durch die staatliche Aufsichtsbehörde, § 29 Abs. 2 HypBG.
- 2.) Seit dem 5. Änderungsgesetz die gem. § 34 HypBG n. F. von der Aufsichtsbehörde zu gewährende Vergütung.
- 3.) Die fremdnützige, auch soziale Funktion des Treuhänders und das öffentliche Interesse an seiner Aufgabenerfüllung ¹⁾.

1) Vgl. oben I D 3 und 4.

- 4.) Die teilweise Überschneidung der Aufgabenkreise von Aufsichtsbehörde und Treuhänder und die sich daraus ergebende tatsächliche Unterstützung und Entlastung der Aufsichtsbehörde, welche in dem Auskunftsrecht nach § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG n.F. auch Ausdruck im Gesetz gefunden hat ¹⁾.
- 5.) Die bis zum Inkrafttreten des 5. Änderungsgesetzes bestehende Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 51 HypBG a.F. die Aufgaben des Treuhänders durch den Staatskommissar wahrnehmen zu lassen.

Dagegen sprechen folgende Überlegungen:

- 1.) Die Entstehungsgeschichte des Treuhänder-Instituts, und zwar sowohl seine funktionalen Vorgänger (Pfandhalter) ²⁾, wie die Äußerungen während des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere die Kommissionsberatungen des Reichstages ³⁾. Die dort angeführten Zweckmäßigkeitserwägungen und die Begründung, "... daß der Ernannte trotz seiner Bestellung durch die Aufsichtsbehörde nur zur Wahrnehmung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen sei" zeigen, daß an eine Zuordnung zur Aufsichtsbehörde nicht gedacht war. In der gleichen Richtung geht auch die Begründung zu § 33 HypBG (vgl. auch Ziff. 8). Bestellungen durch öffentliche Behörden, besonders Gerichte, die keine Einordnung in die Staatsverwaltung bedeuten, sind unserer Rechtsordnung auch durchaus geläufig ⁴⁾.
- 2.) Der Treuhänder wird weder vom Gesetz noch durch Verwaltungsakt oder durch Gewohnheitsrecht ermächtigt, Erklärungen im Namen des Staates abzugeben. Er kann durch seine Handlungen den Staat nicht berechtigen und nicht verpflichten.
- 3.) Das Anhörungsrecht der Bank bei der Bestellung des Treuhänders. Es wäre ungewöhnlich, wenn der Bank bei der Bestellung eines staatlichen Aufsichtsbeamten, der sie kontrollieren soll, ein Anhörungsrecht eingeräumt würde.
- 4.) Die neu im Gesetz verankerten Auskunftspflichten des Treuhänders nach § 29 Abs. 3 und § 30 Abs. 5 HypBG n.F. wären überflüssig, weil selbstverständlich, wenn der Treuhänder ein Organwalter der Aufsichtsbehörde oder eine selbständige Behörde wäre. Der Treuhänder wäre dann sowieso nach

1) Vgl. oben I D 3 und II A.

2) Vgl. oben I B 1 bis 3.

3) Komm. Bericht, a. a. O., S. 26.

4) z. B. Konkursverwalter, Nachlaßverwalter u. ä. Inhaber privater Ämter, Angehörige der sog. staatlich gebundenen Berufe usw.

Art. 35 GG zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet.

- 5.) Die Weisungsungebundenheit, wie sie jetzt in § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG ihren Ausdruck gefunden hat und die Motive für ihre Aufnahme in das Gesetz. Ähnlich wie die Stellungnahme der Reichstagskommission hat auch die Amtliche Begründung zum 5. Änderungsgesetz ¹⁾ darauf abgehoben, daß der Treuhänder lediglich zur Wahrung der Interessen der Pfandbriefgläubiger berufen sei, er nicht den Weisungen der Aufsichtsbehörde unterliege und sich seine Aufgaben ausschließlich aus dem Gesetz ergeben. Da der Treuhänder, in den Behördenapparat eingebaut gedacht, nicht die Stellung eines Richters oder die eines Rechnungsprüfungsorganes für Behörden selbst hat, wäre eine Weisungsungebundenheit der übergeordneten Behörde gegenüber eine Anomalie.
- 6.) Die Aufsichtsbehörde ernennt die Treuhänder nicht zu Beamten und schließt auch keinen privatrechtlichen Dienstvertrag mit ihnen ²⁾; der Treuhänder ist also kein Angehöriger des Öffentlichen Dienstes mit einer besonderen Treuepflicht.
- 7.) Der Treuhänder übt keine hoheitlichen Befugnisse aus und kann sich insbesondere nicht der für hoheitliches Handeln typischen Form des Verwaltungsaktes bedienen, wie u. a. § 33 HypBG zeigt, der von einem Gleichordnungsverhältnis zwischen Treuhänder und Hypothekenbank ausgeht. Bei einem staatlichen Organwalter oder beliebigen Unternehmer müßte man aber hoheitliche Befugnisse erwarten.
- 8.) § 33 HypBG und die dazu gegebene Amtliche Begründung ³⁾ gehen davon aus, daß sich Treuhänder und Bank gleichrangig gegenüberstehen, die Aufsichtsbehörde im Verhältnis zum Treuhänder ebenso wie zur Bank eine unparteiische Instanz ist. Würde aber der Treuhänder staatliche Funktionen ausüben, stünde er über und nicht neben der Bank.
- 9.) Die früher nach § 51 HypBG a. F. nur ausnahmsweise zulässige Übertragung der Befugnisse des Treuhänders auf den Staatskommissar wäre in dieser Einschränkung unverständlich gewesen, wenn sich die Rechtsstellung des Treuhänders nicht wesentlich von der des früheren Staatskommissars unterschieden hätte.

1) a. a. O., S. 21 Nr. 19.

2) Dannenbaum, § 29 Anm. 5; Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 4;
a. A. Göppert-Seydel-Friedländer a. a. O.

3) a. a. O., S. 50.

- 10.) Die frühere Fassung von § 34 HypBG, wonach die Höhe der von der Bank an den Treuhänder zu zahlenden Vergütung grundsätzlich einer Vereinbarung zwischen Treuhänder und Bank unterlag, wäre für den Fall, daß der Treuhänder Organwalter des Staates ist, ungewöhnlich und bedenklich gewesen.
- 11.) Die frühere Strafbestimmung des § 36 HypBG a. F., wonach der Treuhänder wegen Untreue gem. § 266 StGB, nicht aber wegen eines Beamtendeliktes nach §§ 331 ff. StGB zu bestrafen war ¹⁾, geht davon aus, daß der Treuhänder nicht Beamter i. S. von § 359 StGB ist.
- 12.) Es wäre überflüssig, dem Treuhänder in § 32 HypBG das Recht der Einsichtnahme in Bücher und Schriften der Bank zu geben, wenn er ein Organwalter der Aufsichtsbehörde wäre. Dieser steht nämlich das Recht zur Einsichtnahme schon nach § 44 KWG, früher nach § 4 Abs. 2 Ziff. 1 HypBG a. F. zu.

Die für die Zuordnung zum Staat sprechenden Argumente Nr. 1 und 5 wurden durch die Gegenargumente Nr. 1 und 9 bereits unmittelbar ausgeräumt. Auch die übrigen Punkte: Vergütung durch die Aufsichtsbehörde, fremdnützige und auch soziale Funktion, an deren Wahrnehmung ein öffentliches Interesse besteht, und die weitgehende Übereinstimmung der Aufgabenkreise, erweisen sich gegenüber den Gegenargumenten als nicht durchschlagend.

Wie wir bereits sahen, hat sich wirtschaftlich durch die Neufassung des § 34 HypBG, wonach nunmehr der Treuhänder seine Vergütung unmittelbar von der Aufsichtsbehörde erhält, an der Kostentragungspflicht der Bank nichts geändert. Darauf weist auch die Amtl. Begründung zum 5. Änderungsgesetz ²⁾ hin. Der Sinn dieser Änderung war, dem Treuhänder, der die Interessen der Pfandbriefgläubiger in erster Linie der Hypothekenbank gegenüber wahrzunehmen hat, eine stärkere, und man kann jetzt sagen völlige Unabhängigkeit der Hypothekenbank gegenüber zu geben. Auch dem bloßen Verdacht, eine Bank könne auf dem Umweg über eine hohe Vergütung den Treuhänder beeinflussen, ist nunmehr die Grundlage entzogen. Entsprechende Vorschläge, die Vergütung durch die Aufsichtsbehörde festzusetzen und durch ihre Vermittlung zahlen zu lassen, wurden schon vor Jahrzehnten gemacht ³⁾. Diese Verstärkung der Unabhängigkeit des Treuhänders gegenüber der Bank sollte aber nicht von einer Ver-

1) Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 1; Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 2.

2) a. a. O., S. 22 Nr. 23.

3) Vgl. Ehrlich, a. a. O., S. 131.

minderung oder gar Aufhebung der "Unabhängigkeit" gegenüber der Aufsichtsbehörde begleitet sein, wie § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG n.F. eindeutig beweist. Die Neufassung des § 34 läßt somit nicht den Schluß zu, der Treuhänder sei damit zu einem Organwalter des Staates geworden.

Die soziale Funktion und das öffentliche Interesse an der Aufgabenerfüllung des Treuhänders und die teilweise Übereinstimmung seiner Aufgaben mit denen der Aufsichtsbehörde, insbesondere die Überwachung der Pfandbriefdeckung, ist keine ungewöhnliche Erscheinung. Ein öffentliches Interesse an der ordnungsmäßigen Ausübung privater Tätigkeit besteht z. B. bei Ärzten, Apothekern, Rechtsanwälten, Wirtschafts- und Steuerberatern und all den Berufen, die seit Triepel¹⁾ als staatlich oder öffentlich-rechtlich gebundene Berufe bezeichnet werden, aber auch gegenüber Vormündern, Pflegern, Konkursverwaltern, Nachlaßverwaltern usw. Ob der Treuhänder zu einem dieser Berufskreise zählt, werden wir später noch zu untersuchen haben. Hier genügt die Feststellung, daß das öffentliche Interesse an der Ausübung der Tätigkeit einer Person noch nicht zur Annahme berechtigt, diese Person übe eine staatliche Funktion aus und sei ein Glied der staatlichen Verwaltung.

Gleiches gilt für die Überschneidung der Aufgabenkreise. Bei zahlreichen fürsorgerrischen Tätigkeiten des Staates finden wir neben diesem - früher häufig sogar allein - auch noch Privatpersonen tätig. Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz braucht der Staat auch nur dort und soweit selbst tätig zu werden, als die privaten Einrichtungen den Anforderungen der Gesellschaftsordnung nicht mehr gerecht zu werden vermögen.

Als Ergebnis stellen wir fest: Das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder ist nicht dergestalt, daß der Treuhänder als staatlicher Organwalter oder als beliebene Person anzusehen wäre. Der Treuhänder ist damit in dem Sinne unabhängig, als er nicht Teil des staatlichen Behördenaufbaues zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, sondern eigenständiger Rechtsträger ist.

Die Frage, ob der Treuhänder Organwalter der Aufsichtsbehörde ist oder nicht, war zwischen den Weltkriegen kaum noch aktuell. Die neues Interesse erweckende Fragestellung richtete sich nach dem 2. Weltkrieg auf das von Michael²⁾ in die öffentliche Diskussion eingeführte Institut der "Öffentlichen Treuhand", mit welchem der Treuhänder ebenfalls, allerdings durch eine neuartige Konstruktion, in den staatlichen Bereich gerückt werden sollte. Wir müssen uns mit dieser Theorie auseinandersetzen, wollen dies aber mit Bedacht erst tun, nachdem wir das Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Aufsichtsbehör-

1) Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, S. 1 ff.

2) Öffentliche Treuhand, Karlsruhe, 1948.

de in seinen Einzelheiten untersucht haben. Michael und seinen Anhängern muß nämlich der Vorwurf gemacht werden, von allgemeinen Erwägungen ausgehend einen neuen wissenschaftlichen Ordnungsbegriff, den der "Öffentlichen Treuhand", zu schaffen versucht zu haben, ohne die einzelnen Gesetzesbegriffe, die der Ordnungsbegriff umfassen soll, eingehend genug untersucht zu haben. Um nicht dem gleichen Fehler zu verfallen, wollen wir erst nach tunlichster Klärung unseres Gesetzesbegriffs "Treuänder nach dem Hypothekenbankgesetz" auf den umstrittenen Ordnungsbegriff "Öffentliche Treuhand" eingehen.

D. EINZELNE RECHTSBEZIEHUNGEN ZWISCHEN AUFSICHTSBEHÖRDE UND TREUHÄNDER

Das Vorliegen eines allgemeinen, umfassenden und typischen Rechtsverhältnisses, wie es besonders im Fall einer Organwalterstellung in Form eines Beamtenverhältnisses bestanden haben würde, mußten wir verneinen. Rechtsbeziehungen zwischen Treuhänder und Aufsichtsbehörde treten aber trotzdem nicht nur punktuell bei der Bestellung und Abberufung in Erscheinung, sondern bestehen dauernd. Das bestehende Rechtsverhältnis ist seinem Inhalt und Umfang nach nur z. T. ausdrücklich gesetzlich geregelt und auch insoweit überwiegend erst seit dem 5. Änderungsgesetz.

1. Gesetzlich ausdrücklich normierte Rechte und Pflichten

a) Die Auskunftspflicht und das Weisungsverbot nach § 29 Abs. 3 HypBG

Die in den §§ 29 Abs. 3 Satz 1 und 30 Abs. 5 Satz 2 HypBG n.F. festgelegte Auskunfts- bzw. Meldepflicht des Treuhänders der Aufsichtsbehörde gegenüber beruht auf der weitgehenden Übereinstimmung der Kontrollaufgaben beider Institutionen und dem Interesse der Aufsichtsbehörde, die Beobachtungen des Treuhänders für sich nutzbar machen zu können. Auf dieses Interesse hat, wie schon ausgeführt, der preußische Regierungskommissar Hermes bereits 1901 hingewiesen und es als Grund für die Bestellung von Mitgliedern der Aufsichtsbehörde zu Treuhändern angegeben. Die Kontrollaufgaben des Treuhänders sind zwar begrenzt, gehen aber innerhalb seines speziellen Aufgabenkreises, der im wesentlichen die Einhaltung der wichtigen Deckungsvorschrift zum Gegenstand hat, in die Tiefe und umfassen jedes einzelne Darlehensgeschäft, sofern die Hypothek zur Pfandbriefdeckung verwendet werden soll. Wenn bei einer Hypothekenbank die Gewähr gegeben ist, daß die Deckungsbestimmungen und damit die Beleihungs- und Wertermittlungsvorschriften eingehalten sind,

ist für die Aufsichtsbehörde ein Großteil ihrer Aufgaben erfüllt. Andererseits sind Praktiken einer Bank, welche zu Schwierigkeiten in der Beschaffung und Erhaltung der Pfandbriefdeckung führen, ein Alarmsignal für die Aufsichtsbehörde. Da der Treuhänder seinen Daumen ständig am Puls der Hypothekenbank hat, ist er der geborene "Gehilfe" der Aufsichtsbehörde. Diese funktionale, nicht rechtliche Gehilfenstellung wurde durch die Auskunftspflicht des § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG n. F. zu einer beschränkten, auch rechtlichen Gehilfenstellung gemacht, ohne daß aber dadurch die Rechtsstellung des Treuhänders grundlegend geändert worden wäre ¹⁾. Diese neue Vorschrift muß im Zusammenhang mit der schon immer vorhanden gewesenen Aufgabenüberschneidung und dem Kreditwesengesetz vom 10.7.1961 gesehen werden, welches u. a. wieder eine zentrale Bankaufsicht durch eine Bundesbehörde brachte.

Die Schaffung dieser gesetzlichen Verpflichtung zur Auskunftserteilung folgt der Tendenz des KWG, im Interesse der Verwaltungsvereinfachung das Bundesaufsichtsamt durch andere Stellen unterstützen zu lassen ²⁾, damit dessen eigener Mitarbeiterstab klein gehalten werden kann.

Außer im Wege der allgemeinen Rechts- und Amtshilfe nach Art. 35 GG erhält das Bundesaufsichtsamt die zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Informationen über die Geschäftsangelegenheiten der Banken insbesondere durch die Mitteilungen der Deutschen Bundesbank nach § 7 KWG und natürlich den Meldungen der Kreditinstitute selbst. Es kann sich außerdem nach § 8 KWG anderer Stellen und Personen bei der Durchführung seiner Aufgaben bedienen. Nach § 29 Abs. 2 KWG hat auch, worauf die Amtl. Begründung zum 5. Änderungsgesetz ³⁾ als Gegenstück hinweist, der Abschlußprüfer eine Auskunftspflicht gegenüber dem Bundesaufsichtsamt und der Bundesbank. Diese Bestimmungen haben den Zweck, doppelten und damit überflüssigen Verwaltungsaufwand auf beiden Seiten zu vermeiden. Dem Bundesaufsichtsamt sollen Feststellungen anderer Stellen zugänglich gemacht, den Banken eine mehrfache Überprüfung erspart werden, denn jede Prüfung ist unbequem und erfordert Verwaltungsaufwand.

Auf dieser Linie liegt auch das Auskunftsrecht nach § 29 Abs. 3 HypBG. Wenn die Aufsichtsbehörde vom Treuhänder Auskünfte über dessen Feststellungen und Beobachtungen einholen kann, kann sie ihre eigenen Prüfungen entsprechend einschränken. Aufsichtsbehörde wie auch Bank werden dadurch entlastet und dem Treuhänder wird nur eine vergleichsweise geringe Mehrarbeit zugemutet. Wenn Hofmann ⁴⁾ meint, es sei kein ausreichender Grund zu finden, warum neben der

1) Bedenken äußert Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 37.

2) s. Bericht des Wirtschaftsausschusses, 3. Wahlperiode, Zu Drucksache 2563, S. 7 Ziff. 4.

3) a. a. O., S. 21 Nr. 19.

4) Hyp. Bankgesetz § 29 Anm. 37.

Auskunftspflicht der Bank noch eine solche des Treuhänders festgelegt wurde, übersieht er Wesentliches. Es ist ein Unterschied, ob eine Auskunft beim Beaufichtigten selbst eingeholt wird (dieser wird, wenn er etwas Unkorrektes getan haben sollte, dies der Aufsichtsbehörde kaum mitteilen und braucht es u. U. nach § 44 Abs. 4 KWG auch nicht), oder ob die Auskunft von einer anderen, vertrauenswürdigen und sachkundigen Kontrolleinrichtung gegeben wird. Weil der Treuhänder kein staatlicher Organwalter, sondern ebenso wie der Abschlußprüfer nach § 27 KWG eine eigenständige Einrichtung ist, mußte die Auskunftspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde im Gesetz ausdrücklich festgelegt werden. Das ist ein offenerer Weg zu einem verständlichen Ziel, als ihn früher die preußische Aufsichtsbehörde mit der Bestellung von Beamten der Aufsichtsbehörde zu Treuhändern gegangen ist.

Ob die Aufsichtsbehörde von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch machen will, ist ihrem Ermessen überlassen. Wie weit das Auskunftsrecht praktische Bedeutung erlangen wird, bleibt daher abzuwarten.

Von den Hilfsorganen ¹⁾ des Bundesaufsichtsamtes nach § 8 Abs. 1 KWG unterscheidet sich der Treuhänder in folgendem: Der Treuhänder wird nicht zu einer Einzelprüfung ad hoc bestellt. Er nimmt bei der Ausübung seiner Prüfungsrechte der Bank gegenüber seine eigenen gesetzlichen Aufgaben und nicht staatliche Aufgaben des Bundesaufsichtsamtes wahr. Das Bundesaufsichtsamt kann dem Treuhänder im Gegensatz zu den Hilfsorganen nach § 8 Abs. 1 KWG keine besonderen Prüfungsaufgaben zuweisen.

Nach § 30 Abs. 5 Satz 2 HypBG hat der Treuhänder, wenn die Umlaufgrenze nach § 7 HypBG überschritten wird, dies der Aufsichtsbehörde mitzuteilen. In diesem Fall hat er, ohne daß es einer Anfrage der Aufsichtsbehörde bedarf, von sich aus die Aufsichtsbehörde zu unterrichten.

Über den Umfang der Auskunftspflicht des Treuhänders besagt § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG, daß Auskunft über die von ihm im Rahmen seiner Tätigkeit getroffenen Feststellungen und Beobachtungen zu erteilen ist. Wichtig ist die Einschränkung, die in den Worten "im Rahmen seiner Tätigkeit" liegt. Mit dem Rahmen seiner Tätigkeit ist der Rahmen seines gesetzlichen Aufgabenkreises gemeint. Der Treuhänder ist demnach nur verpflichtet, über solche Wahrnehmungen Auskunft zu erteilen, die er in Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben macht ²⁾. Der Treuhänder ist also nicht verpflichtet, einem Auskunftersuchen nachzukommen, welches die Vornahme von Prüfungen voraussetzt, die nicht zu seinem im Gesetz festgelegten Aufgabenkreis gehören. Die Aufsichtsbehörde kann daher über ihr Auskunftsrecht dem Treuhänder nicht weitere, über den

1) Dieser Ausdruck läßt keinen Rückschluß auf die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft nach § 152 GVG zu.

2) Ähnlich Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 39.

eigenen Aufgabenkreis des Treuhänders hinausgehende Aufgaben zuweisen. Die Prüfungsaufgaben des Treuhänders der Hypothekbank gegenüber sind durch die Auskunftspflicht des § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG nicht erweitert und die Rechtsstellung des Treuhänders insoweit nicht verändert worden.

Auf Anregung der Hypothekbanken hat der Wirtschaftsausschuß des Bundestages in § 29 Abs. 3 HypBG einen Satz 2 angefügt, in dem ausdrücklich ein Weisungsverbot festgelegt ist ¹⁾. Damit sollte im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht werden, daß sich durch die Einführung der Auskunftspflicht an der Unabhängigkeit des Treuhänders der Aufsichtsbehörde gegenüber nichts geändert hat und seine Aufgaben sich ausschließlich aus dem Gesetz ergeben. Notwendig wäre diese Klarstellung durch das Weisungsverbot nicht gewesen, denn schon der Wortlaut von § 29 Abs. 3 Satz 1 schließt die Übertragung neuer Prüfungsaufgaben, die Zuweisung von Staatsaufgaben auf den Treuhänder, aus. Das Weisungsverbot ist aber auf jeden Fall eine gesetzliche Hervorhebung des schon in Satz 1 enthaltenen Aufgabenübertragungsverbotes. Es schließt auch Anweisungen aus, auf welche Weise der Treuhänder seine gesetzlichen Aufgaben wahrzunehmen hat. Das Wie der Aufgabenerfüllung ist, sofern nur dem Gesetz Genüge getan wird, in das Ermessen des Treuhänders gestellt.

Durch das Weisungsverbot als Aufgabenübertragungsverbot wird das ausdrücklich ausgeschlossen, was nach § 12 des Referentenentwurfes zum Bausparkassengesetz ²⁾ für den dort vorgesehenen, dem Treuhänder in vielen Punkten vergleichbaren "Vertrauensmann" gelten soll, dem das Bundesaufsichtsamt weitere Aufgaben zu übertragen ermächtigt werden soll.

Daß diese Ergänzung des Gesetzes nicht unbedingt nötig gewesen wäre, zeigt auch die Tatsache, daß in die jüngere Neufassung des Schiffsbankgesetzes ³⁾ in § 28 Abs. 2 zwar wörtlich übereinstimmend die Auskunftspflicht des dortigen Schiffsbanktreuhänders, nicht aber das Weisungsverbot übernommen wurde, obwohl die Rechtsstellung des Schiffsbanktreuhänders die gleiche wie die des Hypothekbanktreuhänders ist.

Aus dem Begriff der Auskunft im Gegensatz zu dem der Anzeige nach § 30 Abs. 5 Satz 2 HypBG ergibt sich, daß der Treuhänder eine Auskunft nach § 29 Abs. 3 nur auf Anfrage zu erteilen verpflichtet ist ⁴⁾. Könnte die Aufsichtsbehörde von sich aus beliebige Fälle bestimmen, in denen der Treuhänder automatisch Meldung zu erstatten hat, wäre die Vorschrift des § 30 Abs. 5 Satz 2 HypBG überflüssig. Auch einen Bericht über sämtliche vom Treuhänder vorgenommenen

1) BT-Drucksache IV/763, S. 3, zu Art. 1 Nr. 20.

2) Abgedruckt u. a. in Der langfristige Kredit, 1964, S. 34 ff.

3) Fassung vom 8. Mai 1963, BGBl. I, S. 302.

4) So auch Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 41.

Prüfungen, auch wenn diese keine Beanstandungen ergeben haben, wird die Aufsichtsbehörde nicht verlangen können. Über die einzelnen Darlehensgeschäfte erhält sie schon durch die ihr gem. § 22 Abs. 2 halbjährlich vorzulegenden, vom Treuhänder beglaubigten Abschriften der Eintragungen in das Hypothekenregister eine Übersicht. Diese vom Treuhänder beglaubigte Abschrift stellt praktisch bereits eine die Ordnungsmäßigkeit der Eintragungen bestätigende Auskunft dar. Die Aufsichtsbehörde mag auf Grund des Auskunftsrechtes eine kurze ergänzende Bestätigung zur Abschrift aus dem Hypothekenregister verlangen können, sie wird aber in der Auslegung des § 29 Abs. 3 Satz 1 nicht so weit gehen dürfen, daß im Ergebnis die gesetzliche Bestimmung des § 22 Abs. 2 HypBG erheblich verschärft, z. B. die Halbjahresfrist in eine Vierteljahres- oder Monatsfrist verkürzt würde.

Verboten war es übrigens dem Treuhänder auch nach früherem Recht nicht, die Aufsichtsbehörde über bedenkliche Beobachtungen zu unterrichten. Der Treuhänder hatte also der Aufsichtsbehörde gegenüber keine Geheimhaltungspflicht. Wie wir bereits anläßlich der Würdigung der Neufassung des § 30 Abs. 1 festgestellt haben, wurde der Treuhänder immer für berechtigt gehalten, der Aufsichtsbehörde Mitteilungen z. B. über fragwürdige Wertfestsetzungen zu machen und die Hilfe der Aufsichtsbehörde zur Beseitigung ungesetzlicher Zustände in Anspruch zu nehmen. Dies ergibt sich auch aus dem Streitentscheidungsrecht der Aufsichtsbehörde nach § 33 HypBG. Von diesem Mitteilungsrecht mag ein Treuhänder auch früher schon gelegentlich im eigenen Interesse Gebrauch gemacht haben. Das 5. Änderungsgesetz machte aus dem Mitteilungsrecht eine bedingte Mitteilungspflicht. Damit kann die bisherige gelegentliche Zusammenarbeit zu einer regelmäßigen und für die Aufsichtsbehörde erst richtig nützlichen gemacht werden. Von einer Zusammenarbeit und nicht nur einem einseitigen Dienen des Treuhänders kann man deshalb sprechen, weil es wegen der weitgehenden Aufgabenüberschneidung im Interesse beider liegt, wenn einem vom Treuhänder etwa festgestellten Übelstand abgeholfen wird, der zu einer Gefährdung der Schuldverschreibungsgläubiger führen könnte.

Ein Auskunftsersuchen der Aufsichtsbehörde konkretisiert die gesetzliche Auskunftspflicht und ist daher als Verwaltungsakt zu behandeln. Die von Hofmann¹⁾ bejahte Begründungspflicht läßt sich auf § 59 VwGO stützen, wird aber in der Praxis kaum Bedeutung erlangen. Die Begründung eines jeden Auskunftsersuchens könnte der Natur der Sache nach wohl nur auf § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG hinweisen und besagen, daß die Aufsichtsbehörde ein Interesse an dieser Information über das Geschäftsgefahren der Bank hat. Das ist aber offenkundig. Selbst wenn die Aufsichtsbehörde einen konkreten Verdacht gegenüber der Bank

1) a. a. O., § 29 Anm. 44.

hegen sollte, wird sie dies dem Treuhänder nicht mitteilen dürfen, denn wenn der Treuhänder eine eigenständige und damit für das Bundesaufsichtsamt eine außenstehende Person und kein staatlicher Organwalter ist, besteht die allgemeine Schweigepflicht des § 9 KWG auch dem Treuhänder gegenüber.

Die unberechtigte Verweigerung wäre eine Pflichtverletzung und könnte der Aufsichtsbehörde Grund zur Abberufung des Treuhänders geben. Auch eine Erzwingung der Auskunft mit Mitteln des Verwaltungszwanges wäre über § 50 KWG rechtlich möglich ¹⁾.

Nicht ergiebig dürfte der Abgrenzungsversuch Hofmanns ²⁾ sein, der unter Weisungen "interne konkrete Verwaltungsanordnungen, die einen individuell bestimmten Sachverhalt betreffen und regeln" versteht. An diese internen Anweisungen sei der Treuhänder nach § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG nicht gebunden, im Gegensatz zu den externen Anordnungen, zu denen er Rechtsverordnungen und Verwaltungsakte zählt und die nach Ansicht Hofmanns auch den Treuhänder binden.

Dagegen ist folgendes zu sagen: Interne Weisungen an den Treuhänder können in § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG schon deswegen nicht gemeint sein, weil sie dem Treuhänder gegenüber gar nicht möglich sind. Interne Weisungen sind nur an die eigenen Beamten und Angestellten einer Behörde oder an nachgeordnete Behörden, d. h. an Personen oder Behörden innerhalb der Staatsorganisation möglich. Wenn aber der Treuhänder, was auch Hofmann annimmt, kein Beamter oder sonstiger Organwalter des Staates ist, können Weisungen ihm gegenüber nie internen Charakter haben, sondern sind dann zwangsläufig Weisungen an einen Extraneus und damit externe Anweisungen. Eine Norm, die etwas verbietet, was existentiell gar nicht möglich ist, ist sinnlos. Wenn man also richtigerweise eine staatliche Organwalterstellung des Treuhänders verneint, müssen begriffsnotwendig alle an den Treuhänder ergehenden Weisungen externer Art und damit Verwaltungsakte sein. Wenn aber alle an den Treuhänder ergehenden Weisungen Verwaltungsakte sind, kommt die Form der Weisung - Verwaltungsakt oder nicht - als Unterscheidungsmerkmal nicht mehr in Betracht. Es kann daher nur auf den Inhalt ankommen. Wenn die Weisung einer gesetzlichen Ermächtigung entbehrt - was immer dann der Fall ist, wenn über die Auskunftspflicht dem Treuhänder eine ihm nicht schon nach dem Gesetz obliegende Prüfungsaufgabe zugewiesen wird - ist sie nach § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG und allgemein wegen der fehlenden gesetzlichen Ermächtigung rechtswidrig. Wir werden bei der Abgrenzung von Aufsichtsrecht und Weisungsverbot noch näher darauf einzugehen haben.

1) So auch Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 45.

2) a. a. O., § 29 Anm. 48.

b) Der Vergütungsanspruch des Treuhänders

Die neue Regelung des § 34 HypBG macht den Treuhänder von der Hypothekenbank, der gegenüber er seine Kontrollaufgaben wahrzunehmen hat, völlig unabhängig. Da der Treuhänder von der Aufsichtsbehörde bestellt und abberufen wird, ist es nach der Amtlichen Begründung zum 5. Änderungsgesetz ¹⁾ angebracht, ihm auch den Vergütungsanspruch der bestellenden Aufsichtsbehörde gegenüber einzuräumen. Erwägungen in dieser Richtung waren übrigens bereits im Jahr 1899 während der Kommissionsberatungen angestellt, damals aber wieder fallengelassen worden ²⁾.

Wirtschaftlich hat sich dadurch, daß sich nunmehr der Vergütungsanspruch gegen die Aufsichtsbehörde statt gegen die Bank richtet, nichts an der Kostentragungspflicht der Bank geändert. Die entsprechenden Beträge stellen über § 51 Abs. 3 KWG für die Aufsichtsbehörde nur durchlaufende Gelder dar. An die Stelle der vertraglichen, der Aufsichtsbehörde nur anzuzeigenden Vereinbarung zwischen Bank und Treuhänder trat die einseitige Festsetzung durch die Aufsichtsbehörde. Der Anspruch des Treuhänders ist jetzt kein privatrechtlicher mehr, sondern ein öffentlich-rechtlicher.

Über die Höhe der Vergütung sagt das Gesetz nur, daß sie "angemessen" sein müsse. Sie wird sich nach dem Ausmaß der Inanspruchnahme des Treuhänders zu richten haben, wofür der Umfang des Schuldverschreibungsumlaufes der Bank ein Maßstab ist. Sie wird grundsätzlich pauschal festgesetzt.

2. Das Bestellungs- und Abberufungsrecht und seine rechtlichen Konsequenzen

Das Bestellungs- und Abberufungsrecht bringt für Treuhänder und Aufsichtsbehörde nicht nur eine punktuelle rechtliche Berührung. Diese beiden Rechte der Aufsichtsbehörde erschöpfen sich nicht im Vollzug des Bestellungs- und Abberufungsaktes. Beide Rechte werfen ihre Schatten voraus. Die im Gesetz nicht erwähnten rechtlichen Konsequenzen aus Bestellungs- und Abberufungsrecht gilt es im Folgenden aufzuzeigen.

a) Das Bestellungsrecht als Auswahl- und Bestellungspflicht

Schon der Wortlaut des Gesetzes, wonach ein Treuhänder und ein Stellvertreter zu bestellen ist, bringt die Pflicht zur Bestellung zum Ausdruck. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Treuhänders ergibt sich aber auch aus der Be-

1) BT-Drucksache IV/624, S. 22 Nr. 23.

2) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 27.

deutung und dem Zweck des Treuhänders.

Ohne Treuhänder kann eine Hypothekenbank wegen der Vorschriften des § 30 Abs. 3 HypBG keine Pfandbriefe ausgeben und damit aktiv tätig werden. Die Mitarbeit des Treuhänders ist eine Lebensfrage für die Bank. Der Rechtsanspruch einer neugegründeten Hypothekenbank auf Erteilung der Zulassung gem. §§ 32, 33 KWG - sofern alle Voraussetzungen hierfür erfüllt sind - wäre im Ergebnis nichts wert, wenn die Aufsichtsbehörde durch das Unterlassen der Bestellung eines Treuhänders die tatsächliche Aufnahme des Geschäftsbetriebes, die wesentlich von der Pfandbriefausgabe abhängt, verhindern könnte. Ein rechtliches Interesse an der Erfüllung der Bestellungspflicht haben die Hypothekenbank und die Schuldverschreibungsgläubiger.

Die Bestellungspflicht kann sich aber nicht darin erschöpfen, daß die Aufsichtsbehörde eine beliebige Person bestellt. Wie wir bereits oben unter II. B 2 a näher dargestellt haben, muß es sich beim Bestellten um eine zuverlässige, unabhängige und fachlich geeignete Person handeln, die willens und fähig ist, den gesetzlichen Aufgaben als Treuhänder nachzukommen. Die Bestellungspflicht schließt also eine Auswahlpflicht in sich. Die in § 29 Abs. 2 Satz 1 HypBG vorgesehene Anhörung der Hypothekenbank ist nichts anderes als eine teilweise gesetzliche Regelung des Auswahlverfahrens. Die Hypothekenbank ist aber nicht die einzige Stelle, die an der Auswahl einer geeigneten Person interessiert ist. Da der Treuhänder in erster Linie der Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger wegen geschaffen wurde und die Aufsichtsbehörde, wie die Entstehungsgeschichte des § 29 HypBG zeigt, bei der Bestellung des Treuhänders fürsorglicher für die nichtorganisierten Pfandbriefgläubiger tätig wird, haben auch diese ein Interesse an der Auswahl einer geeigneten Person. Nach dem Kommissionsbericht ¹⁾ wurde ja die Aufsichtsbehörde gerade deswegen mit der Bestellung betraut, damit die Gewähr für die Auswahl eines geeigneten Treuhänders gegeben ist. Eine Verletzung der Auswahlpflicht kann - wie wir noch sehen werden - zu einem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG führen.

b) Das Abberufungsrecht als bedingte Abberufungspflicht

Die Bestimmung des Gesetzes "Die Bestellung kann jederzeit durch die Aufsichtsbehörde widerrufen werden" (§ 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG) räumt, wie das Wort "kann" zum Ausdruck bringt, der Aufsichtsbehörde einen Ermessensspielraum ein. Grenzen und Inhalt dieses Ermessens gilt es festzustellen.

Das Ermessen der Behörde muß, wie jedes behördliche Ermessen, ein pflichtgemäßes sein ²⁾. Es gilt hier wie überall in der Verwaltung das Willkürverbot und

1) a. a. O., S. 26.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 85 ff. mit weit. Nachw.; Hofmann, § 29 Anm. 32.

das Verbot des Ermessensmißbrauchs. Ein Ermessensmißbrauch läge u. a. dann vor, wenn mit der Abberufung oder ihrer Androhung ein gesetzwidriger Zustand herbeigeführt werden würde. Würde die Aufsichtsbehörde z. B. einem Treuhänder eine ihm nach dem Gesetz nicht obliegende Aufgabe übertragen, wäre dieser nach § 29 Abs. 3 HypBG nicht verpflichtet, diese Weisung zu befolgen. Wenn nun die Aufsichtsbehörde die Weisung mit dem Hinweis verbinden würde, im Nichtbefolgungsfalle von ihrem Abberufungsrecht Gebrauch machen zu wollen, um den widerspenstigen durch einen gefügigen Treuhänder zu ersetzen, so wäre diese Androhung und die Abberufung rechtswidrig.

Wenn wir über das Willkür- und Mißbrauchsverbot hinaus nach einem Anhaltspunkt suchen, wie das Ermessen positiv auszuüben ist, so gibt uns § 114 VwGO einen Hinweis. Aus dieser Bestimmung, wonach bei der Nachprüfung angefochtener Ermessensentscheidungen das Verwaltungsgericht zu prüfen hat, ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist, ersehen wir, daß für die Ermessensausübung der Zweck der gesetzlichen Ermächtigung maßgebend ist. Dieser Zweck der Ermächtigung ist während des Gesetzgebungsverfahrens recht deutlich zum Ausdruck gekommen und ergibt sich auch aus der Funktion des Treuhänders selbst.

Der Treuhänder wurde geschaffen, damit er im Interesse der Schuldverschreibungsgläubiger die Einhaltung der für die Sicherheit der Pfandbriefe entscheidend wichtigen Deckungsbestimmungen durch die Hypothekenbank überwacht. Von der im Gesetzentwurf vorgesehenen Wahl durch eine Versammlung der Pfandbriefgläubiger sah man aus zwei Gründen ab. Einmal hatte man Bedenken, die Wahl durch eine Versammlung der Pfandbriefgläubiger werde wegen des geringen Interesses derselben von der Hypothekenbank arrangiert werden müssen und dann könne von einer unabhängigen Stellung des Treuhänders der Bank gegenüber keine Rede mehr sein. Selbst wenn aber bei einer derartigen Wahl selbständige Bewerber auftreten sollten, fehle es, da besondere Bedingungen hinsichtlich der Person und der Eigenschaften im Gesetz nicht vorgesehen seien, an jeder Garantie dafür, daß der Gewählte seine weitgehenden Rechte nicht mißbrauche ¹⁾.

Das Bestellungs- und Abberufungsrecht wurde also der Aufsichtsbehörde übertragen in der Erwartung, diese werde am besten dafür sorgen können, daß der Treuhänderposten stets mit einer geeigneten Person besetzt ist. Dieser Erwartung, fürsorglicher die nichtorganisierten Pfandbriefgläubiger bei der Auswahl des Treuhänders zu "vertreten", muß die Aufsichtsbehörde auch gerecht werden und sich bei der Bestellung und Abberufung des Treuhänders in erster Linie als Sachwalterin der Pfandbriefgläubiger fühlen. Pointiert kann man sagen,

1) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 26.

bei der Bestellung und Abberufung des Treuhänders wird die Aufsichtsbehörde selbst im weiteren Sinne treuhänderisch für die Pfandbriefgläubiger tätig, denn sie handelt im eigenen Namen und kraft eigenen Rechtes, aber in Wahrnehmung der Interessen der nichtorganisierten Schuldverschreibungsgläubiger. Die Pfandbriefgläubiger werden also durch zwei "Treuhänder" "vertreten": Die Auswahl ihres "Interessenvertreters" nimmt die Aufsichtsbehörde treuhänderisch für sie wahr, die Wahrnehmung ihrer Interessen der Bank und Dritten gegenüber erfolgt dann durch den so bestellten Treuhänder selbst. Dort, wo früher der Staatskommissar gem. § 51 HypBG a. F. auch die Funktion des Treuhänders wahrnahm, lag die treuhänderische Interessenwahrung für die Pfandbriefgläubiger insgesamt in staatlichen Händen. Das bei der Bestellung und Abberufung des Treuhänders mitspielende treuhänderische oder fürsorgerisch-fremdnützige Element muß die Ausübung des Ermessens der Aufsichtsbehörde bestimmen.

Der Treuhänder wird bestellt, damit er seine im Gesetz festgelegten Aufgaben erfüllt. Rechte und Pflichten decken sich bei ihm, abgesehen vom Ausnahmefall des § 30 Abs. 1 HypBG n. F. Wenn ein Treuhänder schuldhaft seine Aufgaben nicht dem Gesetz entsprechend erfüllt, handelt er pflichtwidrig. In diesem Fall werden die Interessen der Pfandbriefgläubiger oder die der Bank oder beider verletzt. Ähnlich ist es, wenn ein Treuhänder unverschuldet aus objektiven Gründen zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr imstande ist. Das Recht der Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 Satz 2, den Treuhänder jederzeit abzuufen, kann nur den Sinn haben, jederzeit durch Abberufung eines pflichtwidrig handelnden oder unverschuldet ungeeignet gewordenen Treuhänders und Bestellung eines neuen Treuhänders den gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen. Daß eine Pflichtverletzung eines Treuhänders als Abberufungsgrund anzusehen ist, wird auch im Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages zum Entwurf des 5. Änderungsgesetzes zum HypBG ¹⁾ angenommen, wo es heißt: "... ein Treuhänder ... sich einer Pflichtverletzung der Bank gegenüber schuldig machen würde und damit den Widerruf seiner Bestellung durch die Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 HypBG zu gewärtigen hätte." Auch Hofmann ²⁾ hält eine Pflichtverletzung für einen Abberufungsgrund.

Was bei einer Pflichtverletzung gegenüber der Bank durch Überschreiten seiner Befugnisse gilt, muß noch eher bei einer Pflichtverletzung den Pfandbriefgläubigern gegenüber durch mangelhafte Ausübung seiner Befugnisse gelten. Damit stünde fest, daß sich die Aufsichtsbehörde keines Ermessensfehlers schuldig macht, wenn sie einen Treuhänder, der seine Pflichten nicht mehr erfüllen kann oder erfüllen will, abberuft und durch einen neuen ersetzt.

1) BT-Drucksache IV/763, S. 3, zu Art. I Nr. 21.

2) a. a. O., § 29 Anm. 32.

Die weitere Frage ist nun, ob die Aufsichtsbehörde in solchen Fällen zur Abberufung nicht nur berechtigt, sondern u. U. auch verpflichtet ist, und welche Konsequenzen eine derartige Verpflichtung hätte.

Es kann auch bei einer rechtlich gegebenen Ermessensfreiheit die Lage des Einzelfalles dergestalt sein, daß nur noch eine einzige Entscheidung als dem Gesetz entsprechend und damit ermessensfehlerfrei angesehen werden kann, das Ermessen also auf Null reduziert ist. Jede andere Entscheidung würde dann einen Fehlgebrauch des Ermessens darstellen und wäre nicht mehr pflichtgemäß ¹⁾.

Treten Bedenken gegen die Amtsführung eines Treuhänders, d. h. gegen die Gesetzmäßigkeit der Wahrnehmung seiner Aufgaben auf, so ist die Aufsichtsbehörde die einzige Stelle, welche durch die Abberufung des Treuhänders und durch die Bestellung eines neuen Treuhänders einen gesetzmäßigen Zustand herstellen kann. Sie muß dann prüfen, ob sie den Treuhänder abberufen soll oder nicht. Wenn nun der Treuhänder aus objektiven oder subjektiven Gründen absolut ungeeignet geworden ist und unter den jetzigen Umständen eine Bestellung dieser Person auf keinen Fall erfolgen dürfte, ist die Behörde verpflichtet, diesen untragbar gewordenen Treuhänder abzu berufen. Jede andere Entscheidung, d. h. eine Belassung des untragbar gewordenen Treuhänders, würde dem Zweck der Ermächtigung nicht gerecht und wäre rechtswidrig.

Im gleichen Sinne hat sich der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Pflicht zur Abberufung eines auf Grund des Mil. Reg. G. Nr. 52 eingesetzten Verwalters (Treuhänders) geäußert. In dieser Entscheidung ²⁾ heißt es: "Bei der Überwachung des Verwalters (Treuhänders) sich ergebende fachliche oder persönliche Ungeeignetheit des Verwalters (Treuhänders) muß immer dann zu dessen Abberufung führen, wenn die zutage getretene Ungeeignetheit auch der Berufung zum Verwalter (Treuhänder) entgegengestanden haben würde". Eine Verletzung dieser Abberufungspflicht kann nach dieser Entscheidung einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG begründen. Bei absoluter Untauglichkeit des Treuhänders wird daher das Abberufungsrecht der Aufsichtsbehörde zur Abberufungspflicht.

Absolute Untauglichkeit in diesem Sinne und damit einen zwingenden Grund für die Abberufung des Treuhänders wird man insbesondere dann anzunehmen haben, wenn der Treuhänder nicht nur vorübergehend gehindert ist, seine Aufgaben wahrzunehmen, wenn er in die Dienste der Hypothekenbank tritt und damit seine Unabhängigkeit verliert und eine Interessenkollision eintreten kann,

1) Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.8.1960, E 11, 95 f., 98, 101; Forsthoff, Verw. Recht, S. 503; Hans J. Wolff, Verw. Recht I, § 31 II e.

2) Urt. v. 21.4.1955, BGH Z 17, 140 ff.

wenn der Treuhänder wegen eines Vermögens- oder Urkundendeliktcs, z. B. wegen Unterschlagung, § 246 StGB, Untreue, § 266 StGB, Betrug, § 263 StGB usw. bestraft würde oder er sich bei seiner Amtsführung eine grobe Pflichtverletzung hat zuschulden kommen lassen. Der Eintritt der Rechtskraft eines Strafurteils wird dabei der späteste Zeitpunkt der Abberufung sein müssen¹⁾. Schon ein dringender Tatverdacht wird, da eine nur vorläufige Dienstenthebung im Gesetz nicht vorgesehen ist, Grund genug für eine Abberufung sein. Befindet sich ein Treuhänder in Untersuchungshaft, reicht schon seine tatsächliche Verhinderung an der gesetzmäßigen Aufgabenerfüllung zur Abberufung aus.

Schwierig kann im konkreten Fall die Abgrenzung von grober und nur leichter Pflichtverletzung sein. Es werden dabei die Bedeutung der verletzten Norm innerhalb des Aufgabenkreises des Treuhänders und die Intensität der Pflichtverletzung zu berücksichtigen sein. Die vorsätzliche Verletzung einer wichtigen Pflicht wird regelmäßig als grobe Pflichtverletzung zu werten sein. Eine leicht fahrlässige Pflichtverletzung wird regelmäßig keinen Abberufungsgrund darstellen.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis: Die Aufsichtsbehörde ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, das ihr nach § 29 Abs. 2 HypBG zustehende Recht, den Treuhänder zu bestellen und abzurufen, so auszuüben, daß jederzeit ein seine Aufgaben mit der erforderlichen Sorgfalt erfüllender Treuhänder vorhanden ist. Wird ein Treuhänder zur Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben absolut untauglich, so ist die Aufsichtsbehörde verpflichtet, ihn abzurufen. Eines Antrages hierzu bedarf es nicht.

c) Die Rechtsaufsicht über den Treuhänder als Konsequenz der bedingten Abberufungspflicht

Wenn die Aufsichtsbehörde das Recht und die Pflicht hat, einen absolut ungeeignet gewordenen Treuhänder von Amts wegen abzurufen und zu ersetzen, dann muß sie notwendigerweise auch das Recht und die Pflicht haben, sich darum zu kümmern, ob eine Bedingung gegeben ist, bei deren Vorliegen sie zum Einschreiten verpflichtet wäre. So wie die Bestellungspflicht eine Auswahlpflicht einschließt, enthält die bedingte Abberufungspflicht auch eine Aufsichtspflicht. Inhalt dieser Aufsichtspflicht über den Treuhänder ist es, im Rahmen der Aufsicht über die Hypothekenbank auch ein Augenmerk darauf zu richten, ob der Treuhänder noch zur Wahrnehmung seiner Aufgaben geeignet ist oder ob ein Abberufungsgrund vorliegt. Eine Verletzung dieser Aufsichtspflicht kann, wie wir noch sehen werden, einen Schadensersatzanspruch der Schuldverschrei-

1) Vgl. auch Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 20.

bungsgläubiger nach § 839 BGB, Art. 34 GG begründen. Wir erinnern uns auch, daß in einigen landesrechtlichen Pfandhaltergesetzen als den partiellen Vorläufern des HypBG ¹⁾, soweit eine ministerielle Bestellung des Pfandhalters vorgesehen war, auch ausdrücklich eine ministerielle Beaufsichtigung im Gesetz selbst verankert war. Die mit der Bestellungs- und bedingten Abberufungspflicht verbundene Verantwortung muß, wenn sie nicht nur auf dem Papier stehen soll, in einer gewissen Aufsicht über dem Treuhänder ihren Ausdruck finden.

Wegen dieser, aus der bedingten Abberufungspflicht resultierenden Aufsichtspflicht darf der Aufsichtsbehörde die Amtsführung des Treuhänders nicht gleichgültig sein. Wenn ihr Klagen über den Treuhänder zu Ohren kommen, wird sie ihnen, sofern sie nicht offensichtlich unbegründet sind, nachgehen müssen. Einen weitgehenden Einblick in die Führung der Geschäfte durch den Treuhänder gewinnt nun die Aufsichtsbehörde schon aus den ihr vorzulegenden Abschriften des Hypothekenregisters, evtl. Auskünften nach § 29 Abs. 3 HypBG, und vor allem durch die Beaufsichtigung der Hypothekenbank selbst. Da dem Treuhänder vielfältige Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse gegenüber der Bank zustehen, stellt eine Beaufsichtigung der Bank mittelbar auch eine Kontrolle des Treuhänders dar. Auch über das Streitentscheidungsrecht nach § 33 HypBG mag die Aufsichtsbehörde gelegentlich die Geschäftsführung des Treuhänders zu überprüfen veranlaßt sein. Über diese indirekte Beaufsichtigung des Treuhänders wird die Aufsichtsbehörde regelmäßig ohne besonderen Anlaß nicht hinauszugehen brauchen.

Wegen der außerordentlichen Integrität der zu Treuhändern ernannten Personen ist die Bedeutung des Aufsichtsrechtes in der Praxis relativ gering. Deswegen stand dieses Problem auch nicht im Mittelpunkt der Erörterungen. Meistens erschöpfen sich die Stellungnahmen in einer Äußerung zu der nicht näher definierten Unabhängigkeit des Treuhänders. Einige Autoren haben aber ein Aufsichtsrecht über den Treuhänder ausdrücklich bejaht. So vertritt Hecht ²⁾ die Ansicht, daß sich die staatliche Aufsicht auch auf die Geschäftsführung des Treuhänders erstreckt. Gunz ³⁾ meint, daß in gewissem Umfang auch die Beaufsichtigung des Treuhänders Sache der Aufsichtsbehörde sei. Er will aber diese Beaufsichtigung auf § 33 HypBG stützen, was bedenklich erscheint. Philipp ⁴⁾ spricht an zwei Stellen von der Bestellung, Abberufung und Beaufsichtigung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde, ohne aber das von ihm unterstellte Beauf-

1) Vgl. oben I. B 3.

2) Enzyklopädie, S. 1091.

3) a. a. O., S. 58.

4) Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger, S. 45 u. 62.

sichtigungsrecht zu begründen. Auch nach Hillig ¹⁾ wird die Amtsführung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde überwacht. Am deutlichsten und auch in der Begründung am überzeugendsten hat sich Schulze ²⁾ geäußert. Er sagt: "Freilich geht aus dem Absetzungsrecht der Behörde hervor, daß diese die Tätigkeit des Treuhänders zu kontrollieren hat; andernfalls könnte sie sich keine Rechenschaft darüber geben, ob die Voraussetzungen für eine Abberufung vorliegen." Dem können wir nur beipflichten.

Wir werden im übrigen später bei der Untersuchung von anderen, mit unserem Treuhänder vergleichbaren Einrichtungen feststellen, daß im Falle der staatlichen Bestellung und Abberufung regelmäßig auch eine staatliche Beaufsichtigung gegeben ist und wir daher auch im Wege der Analogie zu dem von uns hier erzielten Ergebnis kommen.

Seit dem 5. Änderungsgesetz zum HypBG hat das Problem der Einwirkungsmöglichkeit der Aufsichtsbehörde auf den Treuhänder wieder besondere Bedeutung gewonnen und zwar bei der Abgrenzung der in § 29 Abs. 3 neu geschaffenen Auskunftspflicht zu dem ebenfalls neu im Gesetz aufgenommenen Weisungsverbot. Auch die Grenzen des Aufsichtsrechtes der Aufsichtsbehörde gilt es im folgenden aufzuzeigen.

Gleich zu Beginn müssen wir feststellen, daß es keine Rechtsnorm gibt, die der Aufsichtsbehörde das Recht einräumen würde, bei einer Pflichtverletzung des Treuhänders gegen diesen eine Ordnungsstrafe festzusetzen, wie dies etwa nach § 84 KO dem Konkursverwalter gegenüber geschehen kann. Ein derartiges Ordnungsstrafrecht kann auch nicht im Wege der Analogie als bestehend angenommen werden.

Ein Gleiches gilt auch für Disziplinarmaßnahmen des Beamtenrechts. Der Treuhänder ist kein Beamter im staatsrechtlichen Sinne und die von ihm wahrgenommenen Geschäfte sind keine Staatsaufgaben, mögen auch weitgehende Parallelen vorliegen.

Wir haben das Aufsichtsrecht aus der bedingten Abberufungspflicht der Aufsichtsbehörde abgeleitet. Das Aufsichtsrecht kann daher nicht weitergehen, als es zur Erfüllung der bedingten Abberufungspflicht erforderlich ist. Die Aufsichtsbehörde kann aber ohne Ordnungsstraf- und Disziplinarrecht dafür sorgen, daß der Treuhänderposten jeweils mit einer geeigneten Person besetzt ist. Ein Treuhänder, der seine Pflichten derart verletzt, daß die Verhängung einer Ordnungs- oder Disziplinarstrafe in Betracht käme, wäre auch bereits so diskreditiert, daß im Interesse der Erhaltung des Vertrauens der Pfandbriefgläubiger eine Neubesetzung angebracht wäre. Straf- oder Disziplinarmaßnahmen sind daher weder ein

1) Hyp. Bankgesetz, § 29 Anm. 2 a.

2) Staatsaufsicht, S. 59.

notwendiges noch ein taugliches Mittel zur Wahrnehmung der der Aufsichtsbehörde mit der Einräumung des Bestellungs- und Abberufungsrechtes übertragenden Pflicht.

Die Aufsichtsbehörde hat daher kein Mittel, einen bestimmten Treuhänder positiv zur Aufgabenerfüllung zu zwingen. Ihr einziges, aber auch wirkungsvolles Zwangsmittel ist die Abberufung ¹⁾. Findet sich ein Treuhänder nicht zur Beachtung des Gesetzes bereit, kann ihn die Aufsichtsbehörde nur abberufen und durch einen anderen Treuhänder ersetzen. Aus dem Abberufungsrecht resultiert das Aufsichtsrecht, mit dem Abberufungsrecht erschöpft es sich notfalls auch.

Die einzige Ausnahme besteht für die neue Auskunftspflicht nach § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG. Dieses Recht der Aufsichtsbehörde, welches für den Treuhänder im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgabenerfüllung eine sekundäre Pflicht darstellt, ist über § 50 KWG und das Verwaltungsvollstreckungsgesetz durchsetzbar ²⁾. Die Aufsichtsbehörde kann aber auch in diesem Fall von einer zwangsweisen Durchsetzung absehen und statt dessen den Treuhänder abberufen.

Die Aufsicht über den Treuhänder ist vergleichbar mit der im Verwaltungsrecht bekannten Rechtsaufsicht, im Gegensatz zur Fachaufsicht und Dienstaufsicht. So wie die Rechtsaufsichtsbehörde nur die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einer Selbstverwaltungskörperschaft zu prüfen hat, soll auch das Aufsichtsrecht der Bankaufsichtsbehörde über den Treuhänder nur die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Treuhänders sicherstellen. Seine Aufgaben soll der Treuhänder im Rahmen des Gesetzes selbständig und weisungsfrei wahrnehmen. Die Art und Weise, wie er dies tut, ist ihm überlassen, wobei er sich natürlich mit der Hypothekenbank ins Benehmen setzen wird. Die Aufsicht über den Treuhänder als Teil der u. a. auch die Bankaufsicht umfassenden Wirtschaftsaufsicht des Staates weist überhaupt wesentliche Gemeinsamkeiten mit der Staatsaufsicht (Rechtsaufsicht) über selbständige öffentliche Verwaltungsträger auf ³⁾.

Da die Treuhänder regelmäßig nur nebenberuflich tätig sind, ist es ihnen insbesondere überlassen, die Zeit ihres Tätigwerdens selbst zu bestimmen. Die Hypothekenbank kann allerdings verlangen, daß die vorzunehmenden Prüfungen nicht in zu großen Zeitabständen erfolgen, die Deckungsbestände nach Bedarf also ergänzt werden können. Wenn es die Marktlage erfordert, wird eine Bank verlangen können, daß der Treuhänder die nach § 30 Abs. 3 HypBG erforderliche Deckungsbestätigung auf den Pfandbriefen unverzüglich abgibt. Da auf den

1) Vgl. auch Seidel, Bedeutung des HypBG f.d. Verwaltung, S. 580; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 5; Hofmann, § 29 Anm. 32.

2) So auch Hofmann, § 29 Anm. 45.

3) Bullinger, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, DÖV 1963, 872, I Nr. 2 u. 3.

einzelnen Pfandbriefen eine Nachbildung der Unterschrift genügt, ist die aufzuwendende Mühe nicht groß ¹⁾. Vor allem zur Erfüllung der ihm nach § 31 Abs. 2 und 3 HypBG obliegenden bedingten Herausgabepflicht von Werten und Urkunden aus seiner Verwahrung muß der Treuhänder oder sein Stellvertreter in angemessener Zeit bereit sein. Soweit hierüber getroffene Absprachen sachlich zu keiner Verfälschung der Aufgabenerfüllung führen, sind sie nicht zu beanstanden.

d) Rechtsaufsicht, Beanstandungsrecht und Weisungsverbot

Im Zusammenhang mit dem Aufsichtsrecht taucht nun die Frage auf, wie weit die Aufsichtsbehörde ein Beanstandungsrecht hat und wie dieses ggf. dem Weisungsverbot gegenüber abzugrenzen ist. Gehen wir von einem Beispiel aus. Angenommen, ein Treuhänder hat durchaus in gutem Glauben irgendeine gesetzliche Vorschrift unrichtig ausgelegt und angewendet. Die Aufsichtsbehörde - entweder von der Bank angegangen oder die falsche Gesetzesanwendung selbst bemerkend - fühlt sich verpflichtet, für Abhilfe zu sorgen. Sie weist unter Begründung ihres Rechtsstandpunktes den Treuhänder auf die wirkliche Rechtslage hin und bittet ihn, künftig danach zu verfahren. Stellt dies eine nach § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG unzulässige Weisung der Aufsichtsbehörde dar?

Daß es für den Begriff der Weisung nicht auf die ausdrückliche Bezeichnung als solche ankommen kann, ist klar. Als Weisung im weiteren Sinne wird grundsätzlich jede Willenskundgebung anzusehen sein, welche dem Adressaten in Bezug auf seine Geschäftsführung erkennbar als Maxime zu dienen bestimmt ist. Jede über einen Rat oder eine Empfehlung hinausgehende Einwirkung fällt darunter, auch der Hinweis des obigen Beispiels. Ist nun dieser Hinweis noch durch das Aufsichtsrecht gedeckt, oder stellt er bereits eine verbotene Weisung i. S. von § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG dar?

Falls die Aufsichtsbehörde auf Veranlassung der Bank eingegriffen hat, ist der "Hinweis" der Sache nach nichts anderes als eine Streitentscheidung gem. § 33 HypBG. Da diese Entscheidung nicht etwa unverbindlich sein soll, sind beide Teile, also auch der Treuhänder, gehalten, sich künftig danach zu richten. Auch wenn heute unter der Geltung des Grundgesetzes und der Verwaltungsgerichtsordnung die Entscheidung der Aufsichtsbehörde verwaltungsgerichtlich nachgeprüft werden kann, ist diese Entscheidung der Aufsichtsbehörde jedenfalls zulässig und wird, wenn sie unangefochten bleibt oder vom Verwaltungsgericht nicht aufgehoben wird, mindestens formell rechtskräftig. Ist die Entscheidung sachlich richtig, wird sie auch in einem eventuellen Rechtsmittelverfahren Bestand haben. Eine Weisung im weitesten Sinne fällt also jedenfalls dann nicht

1) § 30 Abs. 3 Satz 2 HypBG n. F. hat die bisherige Praxis ausdrücklich sanktioniert.

unter das Weisungsverbot des § 29 Abs. 3 Satz 2, wenn sie der Sache nach eine Streitentscheidung nach § 33 HypBG darstellt.

Aber selbst wenn die Aufsichtsbehörde von sich aus tätig geworden ist, kann ihre Beanstandung und der Hinweis darauf, wie sich der Treuhänder nach dem Gesetz zu verhalten habe, zulässig sein. Angenommen, es handelt sich um ein fahrlässig-gesetzwidriges Verhalten des Treuhänders, welches eine erhebliche Vernachlässigung der Interessen der Pfandbriefgläubiger bedeutet, die Bank aber nicht beeinträchtigt und diese daher zu keiner Anrufung der Aufsichtsbehörde veranlaßt. Würde man der Aufsichtsbehörde dann eine Beanstandung, verbunden mit dem Hinweis, was dem Gesetz nach zu tun sei, nicht erlauben, so müßte sie, wenn sie sich mit dem gesetzwidrigen Zustand nicht abfinden zu können meint, den Treuhänder sogleich abberufen, um ihn durch einen anderen zu ersetzen. Diese Handlungsweise würde an sich im Rahmen des Ermessensspielraumes liegen, es würden aber durch dieses warnungslose und harte Eingreifen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des rechtlichen Gehörs verletzt.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der heute als ungeschriebener Rechtssatz mit Verfassungsrang anzusehen ist ¹⁾ und auch das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs mitumfaßt, muß eine Behörde von mehreren tauglichen Mitteln das mildeste anwenden. Selbst wenn der Gesetzgeber an diesen Grundsatz nicht gedacht hätte, wäre er im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu berücksichtigen.

Auch ein Anspruch auf rechtliches Gehör wird heute nicht nur vor Gerichten, Art. 103 Abs. 1 GG, sondern auch im Verwaltungsverfahren überwiegend anerkannt ²⁾.

Eine Rechtsbelehrung oder auch eine förmliche Beanstandung, verbunden mit dem Hinweis auf die gesetzmäßige Verfahrensweise, ist nun ein weitaus weniger schwerwiegender Eingriff als die Abberufung des Treuhänders. Ein wohlmeinender Treuhänder würde es als unloyales Verhalten der Aufsichtsbehörde ansehen, wenn sie, statt ihn auf einen versehentlichen Fehler aufmerksam zu machen, sofort abberufen würde. Der Treuhänder würde sich im Falle einer derart weiten Auslegung des Weisungsverbotes durch dieses nicht nur geschützt, sondern mehr benachteiligt sehen. Er würde einwenden können, eine der Abberufung vorausgehende Anhörung dürfe er zumindest erwarten. Jede derartige Anhörung wäre aber auch wieder eine Einwirkung, denn natürlich käme dadurch

1) Vgl. v. Kraus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentl. Recht; Lerche, Übermaß u. Verfassungsrecht; Klingler, VwGO, § 42 G III, je mit weit. Nachw.; ganz ausdrücklich auch BVerfG, Beschl. vom 15.12.1965, NJW 66, 243 f.

2) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 103 Rd. Nr. 92 ff.; Forsthoff, Verw. Recht, § 12, 2 c, S. 217, je mit weit. Nachweisen.

zum Ausdruck, daß die Aufsichtsbehörde etwas auszusetzen hat und eine Änderung wünscht.

Eine weite Auslegung des Weisungsverbotes nach § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG, welche auch ein Beanstandungs- und Hinweisrecht ausschließt, würde also zu einem wenig sinnvollen Ergebnis führen, den Treuhänder mehr benachteiligen als schützen, was der Gesetzgeber sicher nicht gewollt hat, und obendrein bedenklich gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des rechtlichen Gehörs verstoßen.

Für eine sinnvolle Abgrenzung des Abberufungsrechtes nach § 29 Abs. 2 HypBG mit dem daraus folgenden Aufsichts- und Beanstandungsrecht vom Weisungsverbot des § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG müssen wir wiederum auf den Zweck dieses Weisungsverbotes eingehen, wie es während des Gesetzgebungsverfahrens zum 5. Änderungsgesetz zum Ausdruck kam. Es ist nur im Zusammenhang mit der Auskunftspflicht des § 29 Abs. 3 Satz 1 verständlich. Satz 1 kann nicht isoliert von Satz 2 interpretiert werden ¹⁾.

Der Regierungsentwurf sah die Ergänzung des § 29 durch einen neuen Absatz 3 vor, welcher nur aus dem jetzigen Satz 1 dieses Absatzes bestehen sollte und die Auskunftspflicht des Treuhänders beinhaltete. ²⁾ Das Weisungsverbot fehlte. In der Amtl. Begründung ³⁾ wurde dazu gesagt, daß sich an der Unabhängigkeit des Treuhänders nichts ändern solle. Der Wirtschaftsausschuß des Bundestages hielt es, einer Anregung des Verbandes privater Hypothekenbanken folgend, für zweckmäßig, "den Umstand, daß durch die neue Vorschrift (gemeint ist § 29 Abs. 3 Satz 1) an der Unabhängigkeit des Treuhänders von Weisungen der Aufsichtsbehörde nichts geändert werden soll, nicht nur in der Begründung, sondern auch im Gesetzestext zum Ausdruck zu bringen" ⁴⁾. Er schlug die Aufnahme des das Weisungsverbot enthaltenden Satzes 2 vor, was auch geschah. Das Weisungsverbot wurde also in das Gesetz aufgenommen um zu verhindern, daß dem Treuhänder durch die neue Auskunftspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde eine veränderte Rechtsstellung beigemessen und er nicht mehr als unabhängige Einrichtung mit gesetzlich festgelegtem Aufgabenkreis angesehen würde. Man kann auch sagen, durch das Weisungsverbot sollte die Auskunftspflicht "neutralisiert" werden. Die bisherige Rechtsstellung des Treuhänders sollte damit nicht geändert, sondern der Möglichkeit einer Änderung durch Auslegung des § 29 Abs. 3 Satz 1 gerade entgegengewirkt werden. Den bestmöglichen Ausdruck hat dieser Wille allerdings nicht gefunden.

1) Anders wohl Hofmann, § 29, Anm. 50.

2) Drucksache IV/624 S. 5 Nr. 19.

3) a. a. O., S. 21 zu Nr. 19.

4) BT-Drucksache IV/763 S. 3.

Für uns ergibt sich folgendes: Das Weisungsverbot ist in Verbindung mit der Auskunftspflicht zu verstehen.¹⁾ Es soll zum Ausdruck bringen, daß das Recht der Aufsichtsbehörde, vom Treuhänder Auskünfte zu verlangen, nicht bedeutet, daß sie ihm Aufgaben zuweisen kann, etwa in der Weise, daß sie eine Auskunft über etwas verlangt, worüber der Treuhänder erst dann berichten könnte, wenn er weitere, über seinen gesetzlichen Aufgabenkreis hinausgehende Ermittlungen angestellt hat. Das Auskunftsrecht ist keine Ermächtigung zur Ausweitung des primären Pflichtenkreises des Treuhänders. Andernfalls wäre nämlich der Treuhänder im Ergebnis zu einem ständigen Außenrevisor, einem "Spezialkommissar"²⁾ der Aufsichtsbehörde geworden, was er aber durch die Auskunftspflicht keineswegs werden sollte. Das den gesetzlichen Aufgabenkreis und in dessen Rahmen die Unabhängigkeit des Treuhänders gewährleistende Weisungsverbot wollte und hat aber an dem Abberufungsrecht der Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG und dessen Ausflüssen nichts geändert. Der Hinweis auf seinen gesetzlich festgelegten Tätigkeitsbereich hätte genügt, die Eigenständigkeit des Treuhänders hervorzuheben. Die Bezeichnung "Eigenständigkeit" in Bezug auf die Stellung des Treuhänders zur Aufsichtsbehörde erscheint genauer und besser als der schlagwortartige Gebrauch des recht ungenauen Begriffes der "Unabhängigkeit", der wegen des Abberufungsrechtes der Aufsichtsbehörde auch nur sehr bedingt richtig ist.

Das Weisungsverbot bedeutet also, wie wir schon bei der Untersuchung des Auskunftsrechtes sahen, ein Verbot der Aufgabenübertragung. Die Aufsichtsbehörde darf den Treuhänder über dessen Auskunftspflicht nicht mit weiteren Aufgaben betrauen, die mit den eigenen, gesetzlich festgelegten Aufgaben des Treuhänders nichts zu tun haben. Würde man das Weisungsverbot darüber hinaus als allgemeines "noli me tangere" ansehen, käme man in unlösbare Widersprüche mit anderen Gesetzesstellen, besonders § 29 Abs. 2 und § 33, und würde nicht nur einer "Unabhängigkeit" des Treuhänders der Aufsichtsbehörde gegenüber, sondern praktisch einer Ungebundenheit dem Gesetz gegenüber das Wort reden. Denn wenn die Aufsichtsbehörde den Treuhänder nicht notfalls zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten anhalten dürfte, könnte dies überhaupt niemand, und die Pflichten des Treuhänders wären keine notfalls erzwingbaren Rechtspflichten mehr, sondern "nur" noch ethische Pflichten. Es wäre gewiß auch kein sinnvolles Ergebnis, wenn man die Aufsichtsbehörde zwingen würde, das gröbere Mittel der Abberufung dort anzuwenden, wo ein Hinweis auf Inhalt und Tragweite des Gesetzes genügen würde.

Die Grenze zwischen erlaubtem Aufsichts- und Beanstandungsrecht und dem

1) A. A. wohl Hofmann, § 29 Anm. 50.

2) Gunz, a. a. O., S. 58.

Weisungsverbot fanden wir damit in der Grenze des gesetzlichen Aufgabenkreises des Treuhänders. Die Aufsichtsbehörde darf, ja muß, den Treuhänder erforderlichenfalls zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben, aber auch zur Beschränkung darauf, anhalten. Sie darf ihm aber nicht eine darüber hinausgehende Tätigkeit ansinnen und auch nicht innerhalb seines Aufgabenrahmens seinen eventuellen Ermessenspielraum einschränken. Eine unzulässige Weisung im Sinne von § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG liegt vor, wenn die Aufsichtsbehörde nicht nur als Hüterin des Gesetzes und zur Verwirklichung desselben auftritt, sondern wenn sie, ohne vom Willen des Gesetzes gedeckt zu sein, kraft eigener Willensentscheidung den Treuhänder verpflichten will. Die Aufsichtsbehörde darf also den Treuhänder auf eine gesetzliche Pflicht hinweisen, sie darf aber nicht aus eigener Machtvollkommenheit am Pflichtenkreis des Treuhänders etwas ändern wollen.

In die gebräuchlichen Begriffe des Verwaltungsrechtes übertragen bedeutet dies: Jede Maßnahme der Aufsichtsbehörde, mit der zum Ausdruck gebracht wird, was für den Treuhänder rechtens sein soll, stellt einen Verwaltungsakt dar. Wird mit diesem Verwaltungsakt nur eine Konkretisierung des Gesetzes vorgenommen, so schafft er für den Treuhänder keine neue Verpflichtung, sondern stellt nur fest, welche Verpflichtung bereits das Gesetz enthält. Ein solcher, in Verbindung etwa mit einer Gesetzesauslegung erfolgender Hinweis auf das Gesetz, etwa in Form einer Streitentscheidung nach § 33 HypBG oder einer Beanstandung, ist zulässig, er kann sogar geboten sein. Gesetzwidrig ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt, durch welchen dem Treuhänder eine neue, nicht bereits im Gesetz enthaltene Verpflichtung übertragen werden soll (Weisung im engeren Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG).

Im ersten Augenblick mag eine Konkretisierung des Pflichtenkreises des Treuhänders im Wege der Auslegung überflüssig und ein entsprechendes Aufsichts- und Hinweisrecht der Aufsichtsbehörde unnötig erscheinen. Dem ist aber nicht so. Mehrere, den Aufgabenkreis des Treuhänders berührende Gesetzesstellen sind entweder Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe. Die Grundregel des § 30 Abs. 1 HypBG, wonach der Treuhänder darauf zu achten hat, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenspfandbriefe jederzeit vorhanden ist, ist eine recht allgemein gehaltene Generalklausel. Desgleichen ist unstritten, was unter Vorliegen eines Bedarfs zu vorübergehendem Gebrauch gem. § 31 Abs. 3 HypBG und unter "erheblichen Änderungen" i. S. von § 32 Abs. 2 HypBG zu verstehen ist. Selbst über die gewiß nicht unwichtige Frage besteht keine Klarheit, ob der Treuhänder verpflichtet ist, zu prüfen, ob der behauptete "Bedarf" gem. § 31 Abs. 3 HypBG, der ihn zur Herausgabe eines Hypothekenspfandbriefes zwingt, auch wenn dadurch eine Unterdeckung eintritt, tatsächlich gege-

ben ist. Dannenbaum ¹⁾ bejaht ein Recht, verneint aber eine Pflicht zu dieser Prüfung, widerspricht sich aber dabei selbst und zwar mit dem, was er auf Seite 42 sagte. Degen ²⁾ bejaht eine Verpflichtung des Treuhänders. Barlet-Karding-Fleischmann ³⁾ meinen, "der Treuhänder wird im allgemeinen keinen Anlaß haben zu prüfen, ob das von der Bank behauptete Bedürfnis zur Herausgabe begründet ist". Was hier "im allgemeinen" bedeutet, ist unbestimmt.

Wichtiger als diese mehr das Verfahren betreffenden Streitfragen kann eine unterschiedliche Auslegung von § 11 Abs. 1 HypBG sein, wonach Beleihungen "der Regel nach nur zur ersten Stelle zulässig sind". Was hier "der Regel nach" bedeutet, ist zweifelhaft. Hofmann ⁴⁾ spricht sich für eine enge Auslegung aus, Barlet-Karding-Fleischmann ⁵⁾ legen sich nicht eindeutig fest und meinen einerseits, das Gesetz lasse eine weitherzige Auffassung zu, wollen aber doch die Richtschnur nur in begründeten Ausnahmefällen verlassen sehen. Dannenbaum ⁶⁾ schließlich hält den Treuhänder nur dann für berechtigt, innerhalb der 3/5-Grenze des Beleihungswertes liegende zweit- oder dritrangige Hypotheken zurückzuweisen, wenn sie wegen ihrer übergroßen Zahl nicht mehr als Ausnahme betrachtet werden könnten. Wo die Grenze zwischen Regel und Ausnahme liegen soll, ist offen.

Es ist sehr wohl möglich, daß die Treuhänder verschiedener Hypothekenbanken unterschiedliche Auffassungen über die Bedeutung dieser und anderer Bestimmungen haben und dementsprechend auch ihre Anforderungen unterschiedlich sind. Das bedeutet aber eine Ungleichbehandlung der Hypothekenbanken wie der Schuldverschreibungsgläubiger. Wenn der Treuhänder der einen Hypothekenbank in weitherziger Auslegung des § 11 Abs. 1 HypBG generell eine Quote von 10 % zweitrangiger Hypotheken zuließe, ein anderer aber nur in unbedeutenden Ausnahmefällen auf den ersten Rang verzichten würde, könnte das sogar zu einer ungleichen Ausgangsposition der Hypothekenbanken im Wettbewerb führen.

Man mag § 11 Abs. 1 HypBG und andere Bestimmungen eng oder weit auslegen, die Auslegung wird aber bei allen Banken im wesentlichen die gleiche sein müssen. Man wird es der Aufsichtsbehörde nicht verwehren können, in wichtigen Fragen auf eine einheitliche und natürlich richtige Auslegung des HypBG durch alle Hypothekenbanken und Treuhänder zu sehen.

Selbst wenn man ein Aufsichtsrecht über den Treuhänder nicht anerkennen

1) Hyp. Banken, § 31 Anm. 13.

2) Die Strafbestimmungen des HypBG, S. 36/37.

3) a. a. O., § 31 Anm. 6.

4) a. a. O., § 11 Anm. 11.

5) a. a. O., § 11 Anm. 2.

6) Hyp. Banken, § 11 Anm. 10.

wollte, könnte die Aufsichtsbehörde das Ziel der Ausrichtung der Treuhänder auf das Gesetz unschwer über ihr unbestrittenes Aufsichtsrecht den Hypothekenbanken gegenüber erreichen. Sie kann nach § 4 HypBG jede Bank anweisen, dem Treuhänder gegenüber eine bestimmte, dem Gesetz entsprechende Rechtsauffassung zu beachten. Der Treuhänder muß sich dann darauf einstellen, denn selbst eine Anrufung der Aufsichtsbehörde nach § 33 HypBG und eine nachfolgende verwaltungsgerichtliche Klage werden - die Richtigkeit der Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde unterstellt - keine Änderung bringen.

Man wird sagen können: Soweit die Aufsichtsbehörde bei Meinungsverschiedenheiten mit einer Hypothekenbank oder einem Treuhänder das Gesetz hinter sich hat, sie lediglich die Beachtung des Gesetzes verlangt, sitzt sie auf dem längeren Hebelarm. Verfahrensrechtlich kann sie sich der Bank gegenüber durch Anordnungen nach § 4 HypBG, dem Treuhänder gegenüber durch das Abberufungsrecht nach § 29 Abs. 2 Satz 2 HypBG durchsetzen.

e) § 33 HypBG als Ausfluß der Rechtsaufsicht

§ 33 HypBG, welcher der Aufsichtsbehörde bei Streitigkeiten zwischen Treuhänder und Hypothekenbank eine Art Richterstellung zuzuweisen scheint, kann im ersten Augenblick bedenklich stimmen. Da das Bundesaufsichtsamt kein Gericht ist, kann es nach Art. 92 GG auch keine Rechtsprechung ausüben¹⁾. Diese Bestimmung wäre demnach, wenn sie der Aufsichtsbehörde Richterfunktion zuweisen wollte, verfassungswidrig. Wir können aber den § 33 auf Grund der bisher gewonnenen Ergebnisse zwanglos erklären, ohne die Aufsichtsbehörde in die verfassungswidrige Funktion eines Gerichtes drängen zu müssen.

Das Bundesaufsichtsamt ist nach §§ 3 und 4 HypBG Aufsichtsbehörde der Hypothekenbank. Aus § 29 Abs. 2 HypBG resultiert aber auch eine Rechtsaufsicht über den Treuhänder. Das Entscheidungsrecht nach § 33 ist nun nichts anderes als das natürliche Recht der gemeinsamen Aufsichtsbehörde, beiden Aufsichtsunterworfenen gegenüber für die Beachtung des Gesetzes zu sorgen. § 33 besagt daher, sowie man die sich aus § 29 Abs. 2 HypBG ergebende Rechtsaufsicht über den Treuhänder erkannt hat, nur noch etwas Selbstverständliches und ist im Grunde genommen überflüssig.

Die Aufsichtsbehörde kann ja sowohl der Bank als auch dem Treuhänder gegenüber die Einhaltung des Gesetzes verlangen. Wenn Treuhänder und Hypothekenbank sich über eine Rechtsfrage nicht einigen können, kann die Aufsichtsbehörde ihre Ansicht über die strittige Frage äußern und beide Betroffenen anweisen, entsprechend zu verfahren. Sie verlangt damit - die Richtigkeit ihrer An-

1) Hamann, Grundgesetz, Art. 92, Anm. B 1 u. B 3; BGH Z 14, 295/296.

sicht unterstellt - von beiden Beteiligten nicht mehr und nicht weniger als die Beachtung des Gesetzes, was ja ihre Aufgabe als Aufsichtsbehörde ist. Auch wenn es den § 33 nicht gäbe, könnte die Aufsichtsbehörde z. B. schon nach §§ 3 und 4 HypBG die Hypothekenbank anweisen, einem als berechtigt erkannten Verlangen des Treuhänders nachzukommen, d. h. die Rechte des Treuhänders zu respektieren. Maßt sich umgekehrt etwa ein Treuhänder der Bank gegenüber Rechten an, die ihm nach dem Gesetz nicht zustehen, müßte die Aufsichtsbehörde den Treuhänder auf die tatsächliche Rechtslage hinweisen und notfalls den sich rechtswidrig verhaltenden Treuhänder abberufen.

Geht man von der bestehenden Rechtsaufsicht auch über den Treuhänder aus, so findet § 33 als Entscheidungsrecht der gemeinsamen Aufsichtsbehörde eine einleuchtende und auch verfassungsrechtlich unbedenkliche Erklärung und Art. 92 GG wird nicht berührt. Dann braucht man auch nicht auf letztlich doch etwas vage Aussagen auszuweichen, wonach die Entscheidung nach § 33 "trotz ihres gleichsam richterlichen Charakters Verwaltungsakt bleibt".¹⁾

Obwohl im Grunde überflüssig, kommt dem § 33 insofern doch eine gewisse Bedeutung zu, als er die in § 29 nicht ausdrücklich normierte Rechtsaufsicht über den Treuhänder voraussetzt und damit ein weiteres Argument für das Bestehen dieser Aufsicht liefert.

Daß während der Gesetzgebungsarbeiten im Jahre 1899 die den § 33 auch dogmatisch rechtfertigenden Hintergründe nicht gesehen wurden und die damals genannte Begründung heute unzulänglich ist und nicht mehr gelten kann²⁾, hindert uns nicht, heute eine bessere Erklärung für diese Norm zu finden. Um mit Radbruch³⁾ zu sprechen, kann, ja muß das Gesetz klüger sein als seine Verfasser, bedeutet die juristische Auslegung nicht Nachdenken eines Vorgeordneten, sondern Zuendedenken eines Gedachten.

Hofmann⁴⁾ kommt mit seiner Aussage, die Aufsichtsbehörde entscheide nicht kraft einer ihr zustehenden richterlichen Funktion, sondern als diejenige Verwaltungsbehörde, der die Aufsicht über den Vollzug des Hypothekenbankgesetzes und seiner Durchführungsvorschriften zusteht, der hier vertretenen Ansicht recht nahe. Mit seiner Bemerkung, die Entscheidung sei "ein streitentscheidender Verwaltungsakt und materiell ein Rechtsprechungsakt, weil er durch ein am Streit selbst unbeteiligtes Subjekt"⁵⁾ ergehe, widerspricht er sich dann aber wie-

1) So Barlet-Karding-Fleischmann, § 33 Anm. 1.

2) So mit Recht auch Barlet-Karding-Fleischmann, § 33, Anm. 1; Hofmann, § 33 Anm. 1.

3) Rechtsphilosophie, S. 211.

4) a. a. O. § 33 Anm. 4.

5) a. a. O. Anm. 6.

der und wendet sich vom richtigen Ansatzpunkt ab.

Die Entscheidung nach § 33 kann kein materieller Rechtsprechungsakt sein, weil die Aufsichtsbehörde nach Art. 92 GG keine rechtsprechende Gewalt ausüben kann und - wie Hofmann vorher richtig sagte - nicht kraft einer ihr zustehenden richterlichen Funktion entscheidet. Nicht jede Rechtsverwirklichung ist ja Rechtsprechung. Die Bindung an das Gesetz gilt für die Verwaltung wie für die Gerichte. Die Aufsichtsbehörde ist aber auch kein am Streit selbst unbeteiligtes Subjekt. Als Aufsichtsbehörde ist es nämlich ihre Pflicht, dafür zu sorgen, daß sich Hypothekenbank wie Treuhänder - auch im Verhältnis zueinander - gesetzmäßig verhalten. Weicht einer vom Gesetz ab, muß die Aufsichtsbehörde von Amts wegen eingreifen. Als "Hüterin des Gesetzes" ist sie zwar objektiv und neutral, aber doch insofern selbst beteiligt und an der Auseinandersetzung interessiert, als sie verpflichtet ist, für eine Beendigung des Streites und ein gesetzmäßiges Verhalten beider Beteiligten zu sorgen. Da die Vorschriften des HypBG zwingender Natur sind, Bank und Treuhänder über den Streitgegenstand nicht verfügen können, die Aufsichtsbehörde auch von Amts wegen tätig wird, ist sie an Anträge nicht gebunden und kann also - im Gegensatz etwa zu einem Gericht - auch abweichend von einem der Anträge und auch ohne jeden Antrag entscheiden. Wie gegen jede Verfügung der Aufsichtsbehörde ist auch gegen eine Entscheidung nach § 33 HypBG der Verwaltungsrechtsweg gegeben, diese Entscheidung also nicht endgültig. Wir werden darauf noch zurückkommen.

E. FRAGEN DES RECHTSSCHUTZES

1. Allgemeines

Die Aufsichtsbehörde bestimmt dem Treuhänder gegenüber einseitig durch Verwaltungsakt die Rechtslage. Durch die Bestellung erhält er die Rechte und Pflichten des Treuhänders und mit der Abberufung, und nur durch sie und nicht etwa auch durch eine Kündigung seitens des Treuhänders, erlöschen diese. Die Aufsichtsbehörde kann von ihm bestimmte Auskünfte verlangen, einen Streit zwischen Treuhänder und Hypothekenbank entscheiden, eine Gesetzesverletzung durch den Treuhänder beanstanden und die Höhe seiner Vergütung festsetzen. Diesen einseitigen Akten der Aufsichtsbehörde gegenüber ist der Treuhänder aber nicht machtlos. Er kann, wenn er das Vorgehen für rechtswidrig hält, den Verwaltungsrechtsweg beschreiten und eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung herbeiführen.

Als Rechtsgrundlage für derartige Klagen kommen Art. 19 Abs. 4 GG, §§ 40, 42 und 114 VwGO in Betracht. Die öffentl. rechtliche Natur der Streitigkeit ergibt sich schon aus der gleichartigen Natur des Rechtsverhältnisses, die wir

schon früher festgestellt haben. Alle eingangs genannten Akte bestimmen im Einzelfall was rechtens sein soll und sind Verwaltungsakte i. S. v. § 42 VwGO.

Eine Rechtsverletzung i. S. von Art. 19 Abs. 4 GG und § 42 Abs. 2 VwGO kann der Treuhänder auch geltendmachen. Die Rechtsstellung des Treuhänders ist zwar in jedem Fall, gleichgültig welcher dogmatischen Konstruktion man folgt, eine fremdnützige und nur mittelbar kommt durch den Vergütungsanspruch nach § 34 HypBG auch ein eigennütziges Element herein, aber die Fremdnützigkeit der Rechte des Treuhänders kann deren Geltendmachung nicht beeinträchtigen, weil sonst das ganze, ja gerade auf die Wahrnehmung fremder Interessen gerichtete Institut des Treuhänders zur Bedeutungslosigkeit verurteilt wäre.

2. Die Rechtsverfolgung bei den einzelnen Verwaltungsakten

a) Die Bestellung des Treuhänders

Die Bestellung des Treuhänders haben wir als mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt erkannt. Mit der Bestellung erhält der zum Treuhänder Ernannte die gesetzlichen Rechte und Pflichten; die Bestellung begünstigt und belastet ihn daher gleichzeitig. Eine Anfechtung der Bestellung durch den Ernannten ist zulässig¹⁾, wird aber nur in Betracht kommen, wenn jemand ohne seine Zustimmung zum Treuhänder bestellt wurde. Die Bestellung wäre dann mit einem schweren Fehler behaftet und die nach § 42 VwGO zulässige Anfechtungsklage auch begründet.

b) Die Abberufung

Die Abberufung als *actus contrarius* zur Bestellung hat als rechtsgestaltender Verwaltungsakt gleichfalls begünstigende und belastende Wirkung. Es werden dem Treuhänder damit seine im Gesetz genannten Rechte genommen, gleichzeitig wird er aber auch von seinen Pflichten entbunden. Wenn die Aufsichtsbehörde einen Treuhänder abberuft, kann sich dieser, da der Aufsichtsbehörde das Abberufungsrecht grundsätzlich zusteht, nur mit der Behauptung wehren, es läge ein Ermessensfehler, z. B. eine rechtswidrige Umgehung des Weisungsverbotes oder sachfremde Erwägung, vor. Auf Inhalt und Grenzen des Ermessensspielraums sind wir bereits näher eingegangen. Das Verwaltungsgericht prüft auf die Anfechtungsklage hin, ob "von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist"²⁾ und

1) So auch Hofmann, § 29 Anm. 31.

2) § 114 VwGO.

hebt bei willkürlicher oder mißbräuchlicher Abberufung diese auf.

Will der Treuhänder von seinen Pflichten entbunden werden und hat er seine Abberufung beantragt, so kann er, wenn die Aufsichtsbehörde diesem Antrag in angemessener Zeit nicht nachkommt, nach § 42 VwGO im Wege der Verpflichtungsklage die Verurteilung zum Erlaß des abberufenden Verwaltungsaktes beantragen.

c) Auskunftersuchen

Durch ein auf § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG gestütztes Auskunftersuchen wird dem Treuhänder eine Pflicht auferlegt. Gegen diesen belastenden Verwaltungsakt kann er sich mit der Behauptung wehren, die verlangte Auskunft gehe über den Rahmen seiner gesetzlichen Tätigkeit hinaus und weise ihn der Bank gegenüber eine Kontrollaufgabe zu, die nicht zu seinen gesetzlich fixierten Treuhänderaufgaben gehöre, stelle also eine verbotene Weisung i. S. von § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG dar. Erweist sich die Behauptung des Treuhänders als richtig, wird das Auskunftersuchen aufgehoben.

d) Streitentscheidung nach § 33 HypBG

Die Streitentscheidung nach § 33 HypBG ist ein Verwaltungsakt, durch den im Einzelfall bestimmt wird, wie weit die Rechte und Pflichten des Treuhänders der Bank gegenüber gehen. Mit der Behauptung, die Entscheidung sei unrichtig und enthalte ihm ein gesetzliches Recht vor, oder belaste ihn mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit, kann der Treuhänder die Entscheidung im Verwaltungsrechtsweg anfechten.¹⁾

e) Beanstandung

Wenn die Aufsichtsbehörde bei einer ihrer Meinung nach vorliegenden Pflichtverletzung des Treuhänders zur Herstellung eines gesetzmäßigen Zustandes das im Vergleich zur Abberufung mildere Mittel der Beanstandung wählt und auf eine Änderung dringt, bringt sie damit, ähnlich wie bei der Streitentscheidung nach § 33 HypBG, zum Ausdruck, daß sie die Rechte des Treuhänders für enger oder seine Pflichten für weiter hält. Bei einer Nichtbefolgung muß der Treuhänder mit seiner Abberufung rechnen. Gegen diesen Verwaltungsakt kann er mit der Behauptung, es werde ihm dadurch ein zustehendes Recht entzogen oder ihm eine nicht obliegende Pflicht angesonnen, Anfechtungsklage erheben. Wenn es sich um eine wichtige Rechtsfrage handelt, kann es sogar zweckmäßig sein, bereits

1) Ebenso Barlet-Karding-Fleischmann, § 33 Anm. 1;

Hofmann, § 33 Anm. 8.

in diesem Stadium und nicht erst nach der Abberufung des gegenwärtigen und Bestellung eines neuen Treuhänders die zugrundeliegende Rechtsfrage verwaltungsgerichtlich klären zu lassen.

f) Festsetzung der Vergütung

Die Festsetzung der Vergütung nach § 34 HypBG stellt einen begünstigenden Verwaltungsakt dar. Auf die Festsetzung einer angemessenen Vergütung hat der Treuhänder einen Rechtsanspruch. Hält er die festgesetzte Vergütung für zu niedrig, d. h. nicht "angemessen" i. S. von § 34 HypBG, kann er sich gleichfalls wehren. Da ihm aber mit der Aufhebung der zu niedrigen Festsetzung allein nicht gedient ist, es ihm vielmehr auf eine höhere Festsetzung ankommt, ist die Verpflichtungsklage das gegebene Rechtsmittel. Sein Antrag wird dahin gehen, die Aufsichtsbehörde zu verpflichten, die Vergütung nach § 34 HypBG höher und angemessen festzusetzen.

3. Vorverfahren und Zuständigkeit

Vor Erhebung einer Anfechtungsklage und einer Verpflichtungsklage, welcher eine Ablehnung eines Antrages vorausgegangen ist, muß nach § 68 Abs. 1 und Abs. 2 VwGO ein Widerspruchsverfahren stattfinden. Der Widerspruch ist an das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen zu richten. Dieses erläßt den Widerspruchsbescheid selbst, da die nächsthöhere Behörde, der Bundesminister für Wirtschaft, eine oberste Bundesbehörde ist, § 73 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO.

Örtlich zuständig für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist nach § 52 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO das Verwaltungsgericht Berlin, da das Bundesaufsichtsamt dort seinen Sitz hat. Im übrigen gelten die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung ohne Besonderheit.

F. FRAGEN DER STAATSHAFTUNG

Für unseren Problemkreis von Bedeutung ist auch die Frage, ob unter Umständen der Staat haftbar gemacht werden kann, wenn durch eine Pflichtverletzung des Treuhänders einem Dritten ein Schaden entsteht.

Als Rechtsgrundlage einer etwaigen Haftung des Staates kommen Art. 34 GG und §§ 278, 831, 839 BGB in Betracht. Nun haben wir bereits festgestellt, daß der Treuhänder kein Organwalter des Staates ist und kein Staatsamt ausübt. Eine unmittelbare Haftung des Staates für den Treuhänder wird daher mit Recht

allgemein verneint.¹⁾ Beachtlich ist aber die von Prause²⁾ für den vergleichbaren Treuhänder nach dem Schiffsbankgesetz gemachte Einschränkung seiner Verneinung einer Staatshaftung. Eine Haftung der Behörde hält Prause nämlich dann für möglich, wenn ein Verschulden in der Auswahl des Treuhänders oder ein sonstiges schuldhaftes Verhalten in der Aufsicht - gemeint ist offenbar die Aufsicht über den Treuhänder - gegeben ist. Das würde ein ähnliches Haftungsverhältnis bedeuten, wie es bei Nachlaßverwalter und Nachlaßrichter, Konkursverwalter und Konkursrichter, Vormund und Vormundschaftsrichter, Custodian nach Mil. Reg. Ges. Nr. 52 und bestellender Behörde usw. seit langem anerkannt ist³⁾. Das ist nun allerdings keine Staatshaftung für den Treuhänder, sondern für die staatliche Aufsichtsbehörde. In die schadens- und haftungsverursachende Kausalkette ist allerdings der Treuhänder mit einbezogen. Wir könnten untechnisch von einer mittelbaren Staatshaftung für den Treuhänder sprechen, welche dann eintritt, wenn die schadensverursachende Pflichtverletzung des Treuhänders durch eine Pflichtverletzung der Aufsichtsbehörde ermöglicht worden ist. Auch eine derartige Staatshaftung setzt voraus, daß bei einem Beamten der Aufsichtsbehörde alle Voraussetzungen des § 839 BGB und Art. 34 GG erfüllt sind.

In Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt ein Beamter der Aufsichtsbehörde bei der Wahrnehmung der sich aus § 29 HypBG ergebenden Rechte und Pflichten gewiß. Problematisch ist aber, ob und wie weit ein eventueller Schaden in Verletzung einer einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht verursacht wurde. Die Amtspflicht darf dem Beamten nicht lediglich im Interesse der Allgemeinheit übertragen sein. Nur wenn die Amtspflicht dem Beamten zumindest auch zur Wahrung der Interessen von Dritten auferlegt wurde, liegt eine, einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht i. S. von § 839 BGB und Art. 34 GG vor⁴⁾. Der Kreis der Dritten wird dabei allgemein weit gezogen⁵⁾. Als Dritter ist jeder anzusehen, dessen Belange nach der besonderen Natur des Amtsgeschäftes durch dieses berührt werden, auch wenn er durch die Amtsausübung nur mittelbar berührt wird. Das Hauptgewicht ist auf den Zweck zu legen, dem die Amtspflicht dienen soll⁶⁾.

1) So Barlet-Karding-Fleischmann, a. a. O., § 29 Anm. 2; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 2; Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 8; Wille, a. a. O., S. 67/68; Drechsler, a. a. O., S. 129.

2) Das Recht des Schiffskredits, Schiffsbankgesetz § 28, S. 297.

3) Vgl. u. a. RGZ 88, 264; BGHZ 15, 142, 146 und 17, 140.

4) Vgl. BGHZ 32, 145 f., 147.

5) Krefz in RGRKom. 11. Aufl. 1959, § 839 Anm. 41; Palandt-Gramm, § 839 5 B; Kayser-Leiß, Amtshaftung, S. 34.

6) Vgl. BGHZ 26, 232 f., 234; RGZ 88, 265, 78, 244.

Die Pflicht der Bankaufsichtsbehörde zur Überwachung von Kreditinstituten nach den Vorschriften des KWG wird allgemein nicht als Amtspflicht den Kunden des beaufsichtigten Kreditinstituts gegenüber angesehen und ein Amtshaftungsanspruch der geschädigten Bankgläubiger verneint¹⁾. Dies wird auch zu gelten haben, soweit die Aufsicht über die Hypothekenbanken nach §§ 3 u. 4 HypBG über die Aufsicht nach dem KWG hinausgeht, denn das öffentliche Interesse an gesunden Verhältnissen auf dem Rentenmarkt und im Realkreditgeschäft steht im Vordergrund. Die Sicherung der Pfandbriefgläubiger ist im Verhältnis dazu ein unumgängliches Mittel zum Zweck.

Wir können aber die aus dem Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder sich ergebenden Amtspflichten nicht ohne weiteres mit den Aufsichtspflichten den Banken gegenüber gleichsetzen. Wir müssen vielmehr fragen: Sind der Aufsichtsbehörde die aus § 29 HypBG sich ergebenden Amtspflichten nur im Interesse der Allgemeinheit auferlegt worden, oder gibt es einen Personenkreis, dessen Belange durch den Zweck und die Natur dieser Amtspflichten besonders betroffen werden?

Es liegt nahe, dies für die Pfandbriefgläubiger zu vermuten. Wir haben schon früher festgestellt, daß der Aufsichtsbehörde die Pflicht zur Auswahl und Bestellung eines geeigneten Treuhänders und, als Konsequenz des Abberufungsrechtes, welches eine bedingte Abberufungspflicht einschließt, auch eine begrenzte Aufsichtspflicht obliegt. Der Zweck dieser aus der Bestellungs- und bedingten Abberufungspflicht sich ergebenden Auswahl- und Überwachungspflichten in Bezug auf den Treuhänder ist nicht zu trennen vom Zweck des Treuhänders selbst. Die aus § 29 Abs. 1 und 2 HypBG resultierenden Amtspflichten dienen naturgemäß denjenigen, denen der Treuhänder selbst dient. Die Einrichtung des Treuhänders dient aber in erster Linie den Interessen der Pfandbriefgläubiger. Daß er daneben und mittelbar auch für die Aufsichtsbehörde und sogar die Bank selbst recht nützlich sich auswirken kann, ändert daran nichts.

Zur Anerkennung dieser Amtspflichten als den Pfandbriefgläubigern (Dritten) gegenüber i. S. von § 839 BGB bestehend kommen wir aber nicht nur vom Zweck der §§ 29 - 31 HypBG, sondern auch von der Entstehungsgeschichte des § 29 her. Der Gesetzentwurf nannte bekanntlich den Treuhänder noch "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" und sah dessen Wahl durch eine Versammlung der

1) Vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 13.11.1952, NJW 53, 585 mit Anm. v. Flume; LG Bremen, Sparkasse 1956, 278 mit krit. Anm. v. Hammer; OLG Hamburg, Urt. v. 28.6.1957, Betr. Berater 1957, 950; Szagun-Neumann, KWG, § 6 Anm. 27; Palandt-Gramm, 24. Aufl., § 839 Anm. 5 A; Schork, KWG (1963) § 6 Anm. 2; derselbe, KWG (1965) § 6 Rdn. 15; Kayser-Leiß, Amtshaftung, Nr. 1449.

Pfandbriefgläubiger vor, womit ebenfalls eindeutig zum Ausdruck kam, in wessen Interesse diese Einrichtung geschaffen werden sollte. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde dann die Bestellung und Abberufung des Treuhänders der Aufsichtsbehörde übertragen, weil man sie zur Bestellung eines geeigneten und Abberufung eines ungeeigneten Treuhänders für fähiger hielt, als eine nicht repräsentative und Einflüssen unterworfenen Versammlung der Pfandbriefgläubiger¹⁾.

Da der Gesetzgeber der Aufsichtsbehörde diese Aufgaben aus Gründen der Fürsorge für die nicht organisierten und schutzwürdigen Pfandbriefgläubiger übertrug, liegt die Erfüllung dieser Aufgaben im Interesse der Pfandbriefgläubiger. Damit ist die mit der Bestellungspflicht verbundene Auswahlpflicht und die mit der bedingten Abberufungspflicht verbundene Überwachungspflicht als den Pfandbriefgläubigern gegenüber obliegende Amtspflicht i. S. von § 839 BGB anzuerkennen.

Durch die Tatsache, daß grundsätzlich bei Auswahl- oder Überwachungsverschulden ein Amtshaftungsanspruch möglich ist, wird der Umfang der Auswahl- und Aufsichtspflichten aber nicht erweitert. § 839 BGB besagt nur etwas über die Folgen einer Amtspflichtverletzung, der Umfang der Amtspflicht wird nicht durch § 839 BGB geregelt, sondern ergibt sich aus dem Hypothekendarlehenbankgesetz.

Da § 839 BGB keinen Eingriff in absolute Rechtsgüter voraussetzt, sondern jeden Vermögensschaden i. S. von § 249 BGB umfaßt²⁾, würde eine Verkürzung der Forderungsrechte der Pfandbriefgläubiger genügen. Soweit auch die sonstigen Voraussetzungen von Art. 34 GG und § 839 BGB, insbesondere Verschulden und Kausalität, gegeben sind, ist also, wie Prause mit Recht meint, bei Auswahl- oder Überwachungsverschulden der Aufsichtsbehörde in Bezug auf den Treuhänder eine Amtshaftung gegenüber den Pfandbriefgläubigern zu bejahen.

Eine praktische Bedeutung wird diese Feststellung, wie zu hoffen Grund besteht, wohl auch in Zukunft nicht bekommen. Nur eine Verkettung mehrerer außergewöhnlicher Umstände - Wirtschaftskrise, leichtsinniges Geschäftsgebahren der Bank, Pflichtwidrigkeiten von Aufsichtsbehörde und Treuhänder - könnten diese Amtshaftung je aktuell werden lassen. Sollte dieser Fall wider Erwarten einmal eintreten, käme ihm allerdings angesichts der zu erwartenden außerordentlich hohen Schadenssummen nicht alltägliche Bedeutung zu. Mittelbar wird allerdings die grundsätzliche Möglichkeit einer Amtshaftung bei Auswahl- oder Überwachungsverschulden der Aufsichtsbehörde den dieser im Interesse der Pfandbriefgläubiger übertragenen Aufgaben ein größeres Gewicht verschaffen.

1) Kommissionsbericht, a. a. O., S. 26.

2) Vgl. Kreft in RGRKom., a. a. O., § 839 Anm. 51 mit weit. Nachw.

III. DIE SYSTEMATISCHE STELLUNG DES TREUHÄNDERS IN DER RECHTSORDNUNG. DOGMATISCHE FRAGEN UND VERGLEICHE.

A. PROBLEMSTELLUNG

Wir haben uns bisher mit der Institution des Treuhänders nach dem HypBG, also mit dem Treuhänder als einem konkreten Gesetzesbegriff, befaßt. Praktische Fragen standen im Vordergrund. Dogmatische Fragen wurden nur insoweit berührt, als dies notwendig war, um eine anstehende Frage beantworten zu können. Auf den allgemeinen wissenschaftlichen Ordnungsbegriff ¹⁾ des Treuhänders allgemein gingen wir bisher nicht ein. Nun besteht eine Wechselwirkung zwischen gleichlautenden wissenschaftlichen Ordnungsbegriffen und den konkreten Gesetzesbegriffen. Ein Ordnungsbegriff faßt Einrichtungen des Rechtslebens mit wesentlichen Gemeinsamkeiten zusammen. In ihm kristallisieren sich gemeinsame Strukturen und Elemente heraus, wird eine Vielzahl von scheinbar zusammenhanglosen Einzelercheinungen zu einer Einheit, einem Oberbegriff, zusammengefaßt, der Einzelercheinung ein bestimmter Ort im Rechtssystem zugewiesen. Diese Einordnung eines Gesetzesbegriffes und die Bildung von umfassenden Ordnungsbegriffen hat aber nicht nur klassifizierende Bedeutung. Ihr kann auch ein erheblicher praktischer Wert zukommen. Wenn z. B. bei mehreren Gesetzesbegriffen, welche zu einem gemeinsamen Ordnungsbegriff gehören, ein bestimmtes Problem eine übereinstimmende positive Regelung erfahren hat, so können wir daraus den Schluß ziehen, daß diese Regelung einer bestimmten Problemlage einem allgemeinen Rechtsgedanken entspricht, und, wenn in einem ähnlichen Falle das Gesetz schweigt, dort ebenfalls der als gültig erkannte Rechtsgedanke analog anwendbar ist. Ehe wir uns daher ein abschließendes Urteil über das Rechtsverhältnis zwischen dem Treuhänder und der Aufsichtsbehörde erlauben, wollen wir noch prüfen, ob und wie weit ein unseren Treuhänder nach dem HypBG einschließender Oberbegriff vorhanden ist, und ob bejahendenfalls die bisher gewonnenen Einzelergebnisse vor dem Hintergrund des Ordnungsbegriffes vertretbar sind. Nicht beabsichtigt, weil den Rahmen dieser Ar-

1) Unter "Ordnungsbegriff" verstehen wir hier den Struktur- und Klassifikationsbegriff, wie ihn Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 52 f., 62 f. definiert hat. Unser "Gesetzesbegriff" deckt sich mit Hecks "Gebotsbegriff", wobei wir die Bezeichnung "Gesetzesbegriff" für etwas anschaulicher halten. Zu diesen beiden Begriffen und ihrer Funktion vgl. auch Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 5 f.

beit bei weitem sprengend, ist die etwaige Erarbeitung eines wissenschaftlichen Ordnungsbegriffes etwa für alle Erscheinungen, die als "gesetzliche Treuhandschaften" bezeichnet werden könnten. Wir werden dieses Problem natürlich berühren, wollen aber den damit verbundenen Fragenkreis keineswegs erschöpfend behandeln, sondern uns nur für die Rechtsverhältnisse unseres Treuhänders Fingerzeige holen, wofür es genügt, wenn wir für ähnliche Institutionen ähnliche Regelungen bestimmter Probleme feststellen.

Bei der systematischen Einordnung des Treuhänders ergeben sich mehrere grundsätzliche Möglichkeiten.

- 1) Der Treuhänder wird an eine der vorhandenen Institutionen oder Gemeinschaften angelehnt und als Vertreter oder Organ
 - a) des Staates - sei es als Organwalter der Aufsichtsbehörde oder als besondere, neben der Aufsichtsbehörde stehende staatliche Einrichtung - oder
 - b) der Pfandbriefgläubiger oder
 - c) der Hypothekenbank angesehen.
- 2) Der Treuhänder wird für eine selbständige, eigenrechtliche Einrichtung gehalten und als Inhaber oder Träger eines privaten Amtes, als Amtsperson, Amtstreuhänder, gesetzlicher Treuhänder, Zweckperson oder ähnliches bezeichnet, wobei alle derartigen Konstruktionen auf dem Gebiete des Privatrechtes sich bewegen und im wesentlichen Modifikationen der Amtstheorie, wie sie sich für Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Nachlaßverwalter und Testamentvollstrecker herausgebildet hat, darstellen.
- 3) Der Treuhänder wird als mehr oder weniger eigenständiges Institut des öffentlichen Rechtes, als sog. "öffentlicher Treuhänder" i. S. von Michael ¹⁾ angesehen.

Im folgenden wollen wir zuerst untersuchen, ob der Treuhänder nach dem HypBG als Stellvertreter anzusehen ist oder ob er seinen Namen zu Recht trägt. Daß unser Treuhänder kein Organwalter des Staates ist, haben wir bereits unter II. C. festgestellt.

Danach werden wir uns mit dem Komplex der privatrechtlichen Eigenrechtstheorien - Treuhänder als Amtsperson, Zweckperson, gesetzlicher Treuhänder - und schließlich mit dem bereits erwähnten Versuch Michaels, einen neuen Ordnungsbegriff der "Öffentlichen Treuhand" einzuführen, befassen. Nach einem kurzen Eingehen auf den Public Trustee des englischen Rechts und die öffentlich-rechtlich gebundenen Berufe werden wir Vergleiche ziehen mit "Nachfolgern" des Treuhänders nach dem HypBG und auch einigen Inhabern privater Ämter, wie

1) Öffentliche Treuhand, Karlsruhe 1948.

Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Vergleichsverwalter und Testamentsvollstrecker.

B. DIE EINZELNEN RECHTSAUFFASSUNGEN

Wenn wir im folgenden von "Vertreter" sprechen, meinen wir einen unmittelbaren Vertreter, einen Stellvertreter im engeren Sinne der §§ 164 f. BGB. Daß der Treuhänder ein fremdnütziger Wahrnehmer von Interessen anderer ist, ein Vertreter also im weitesten Sinne, bedarf keiner langen Erörterung. Uns kommt es hier auf die Zuordnung zu engeren juristisch-technischen Begriffen an. Unter Vertreter verstehen wir somit jemand, der im Namen eines anderen handelt und dessen Erklärungen insoweit unmittelbar den Vertretenen berechtigen und verpflichten.

Unter einem Treuhänder verstehen wir Schultze ¹⁾ folgend jemanden, der "Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen" ²⁾. Der wesentliche Unterschied zum Vertreter besteht darin, daß der Treuhänder nicht im fremden, sondern im eigenen Namen handelt und seine Erklärungen einen anderen zumindest nicht begriffsnotwendig, möglicherweise aber kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung, berechtigen oder verpflichten.

1. Vertreter-Theorien

a) Ist der Treuhänder Vertreter der Pfandbriefgläubiger?

Die Ansicht, der Treuhänder sei ein Vertreter der Pfandbriefgläubiger, muß wegen des Fehlens jeglicher Vertretungsmacht scheitern. Der Treuhänder kann die Pfandbriefgläubiger weder berechtigen noch verpflichten und auch keinerlei Verfügungen für diese vornehmen. Juristisch haben die Schuldverschreibungsgläubiger nur obligatorische Ansprüche gegenüber der Hypothekbank, auf welche der Treuhänder keinen Einfluß nehmen kann.

In dem Augenblick, in dem der Gesetzgeber an Stelle eines Faustpfandrechtes ein Konkursvorrecht für die Pfandbriefgläubiger vorsah, entfiel die Notwendigkeit einer Vertretung der Pfandbriefgläubiger in Form eines Pfandhalters. Deswegen sah der erste Gesetzentwurf des HypBG auch keinen Vertreter, Treu-

1) a. a. O., S. 1.

2) Zahlreiche Nachweise von Autoren, die Schultze gefolgt sind, s. b. Schless, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, S. 41, Anm. 2; Schless, S. 43, selbst meint, Treuhänder sei, wem für fremde Rechnung Rechte zustehen.

händer o. ä. vor. Der in den 2. Gesetzentwurf aufgenommene "Vertreter der Pfandbriefgläubiger" war kein Stellvertreter der Pfandbriefgläubiger mehr, wie auch die Stelle aus der Amtlichen Begründung ¹⁾, "Der Vertreter der Pfandbriefgläubiger hat nach dem gegenwärtigen Entwurfe keine Rechte auszuüben, deren Geltendmachung an sich den einzelnen Gläubigern zusteht und ihnen durch die Bestellung des Vertreters entzogen wird", erkennen läßt. Die Rechte, welche der Treuhänder auszuüben hat, sind nicht fremde, an sich den Pfandbriefgläubigern zustehende Rechte, sondern eigene originäre Rechte des Treuhänders, die diesem durch das Gesetz im Interesse, aber nicht im Namen der Pfandbriefgläubiger und zu Lasten der Bank eingeräumt worden sind. An den Forderungsrechten der Pfandbriefgläubiger aus ihren Schuldverschreibungen - dingliche Rechte sind ja mit den heutigen Pfandbriefen nicht mehr verbunden - vermag der Treuhänder in keiner Weise etwas zu ändern. Die Pfandbriefgläubiger haben die Rechte des Treuhänders, z. B. auf Mitverwahrung der Hypothekenbriefe usw. gem. § 31 HypBG oder auf Büchereinsicht, nie besessen. Der Treuhänder muß auch nach § 30 Abs. 3 HypBG bereits in Erscheinung treten, noch ehe es überhaupt Pfandbriefgläubiger gibt. Die aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte Namensänderung des "Vertreters der Pfandbriefgläubiger" in "Treuhänder" konnte und brauchte an dem Institut nichts mehr zu ändern. Sie trug aber einer bereits vorher erfolgten Änderung des Wesens dieser Einrichtung recht glücklich, wenn auch offenbar mehr zufällig als bewußt, Rechnung.

Ein echter Vertreter war der Pfandhalter als funktionaler Vorgänger des Treuhänders und ist es noch heute der Vertreter der Pfandbriefgläubiger nach dem Schuldverschreibungsgesetz vom 4. 12. 1899 ²⁾. Der Treuhänder des HypBG kann mit der weitaus überwiegenden Meinung nicht als Vertreter der Pfandbriefgläubiger angesehen werden ³⁾.

1) a. a. O., S. 47.

2) RGBl. I, S. 221.

3) So Barlet-Karding-Fleischmann, a. a. O., § 29 Anm. 6; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 3 u. 7; Hofmann, a. a. O., § 29 Anm. 6; Dernburg, Das Bürgerl. Recht, S. 502; Drechsler, a. a. O., S. 121/122; Göppert-Seydel-Friedländer, a. a. O., S. 77; Fleminger, a. a. O., S. 80 f; Fischbach, a. a. O., S. 318; Fischer-Henle, BGB, 14. Aufl. Vorbem. zu § 164 S. 87; Gassmann, a. a. O., S. 64/65; Gunz, a. a. O., S. 56; Golodetz, a. a. O., S. 201; Hecht, Encyklopädie, S. 1091; Lehmann Karl, Lehrb. d. Handelsrechts, S. 532; Kummert, Handbuch, S. 811; Philipp, a. a. O., S. 63 f; Schultze, Treuhänder, S. 100; Schuster in RGR-Kom., § 1189 Anm. 6; Voges, a. a. O., S. 29; v. d. Thüsen, Amtstreuhänder, S. 230; Wille, a. a. O., S. 47.

Die abweichenden Stimmen ¹⁾ vermögen nicht zu überzeugen. Anknüpfungen an den Pfandhalter gehen aus den dargelegten Gründen fehl. Auch die Ausführungen Kohlers laufen im Ergebnis auf eine Pfandhalterstellung hinaus. Er geht allgemein davon aus, daß den Konkursgläubigern ein besonderes "Beschlagsrecht" am Vermögen des Gemeinschuldners zustehe ²⁾. Dieses Beschlagsrecht sei ein dingliches Recht analog dem Pfandrecht, ein Wertrecht, ein dingliches Recht mit Wertzweck. Bei der Begründung und Sicherung dieses "Beschlagsrechtes" der Pfandbriefgläubiger würden sie durch den Treuhänder vertreten. Diese Konstruktion steht und fällt mit dem sog. "Beschlagsrecht" der Konkursgläubiger, welches sich in der Praxis nicht durchgesetzt hat und auch in der Literatur überwiegend abgelehnt wird ³⁾. Kohler selbst muß zugeben, daß das "Beschlagsrecht" der Pfandbriefgläubiger im HypBG schief aufgefaßt sei und deshalb eine schiefe Behandlung erfahren habe ⁴⁾. Es liegt aber näher, hier die Ansicht Kohlers für schief anzusehen.

Der Treuhänder wird nach allem zwar in erster Linie im Interesse der Pfandbriefgläubiger, nicht aber in deren Namen tätig, ist also nicht ihr Vertreter i. S. von § 164 f. BGB.

b) Ist der Treuhänder Vertreter der Hypothekenbank?

Auch ein Vertretungsverhältnis der Hypothekenbank gegenüber ist in der Literatur erwogen worden. Anlaß zu dieser Überlegung bot der Umstand, daß der Treuhänder bis zum 5. Änderungsgesetz zum HypBG seine Vergütung von der Bank erhielt, seine Rechte im wesentlichen zu Lasten der Bank gehen, die Bank vor der Bestellung zu hören ist, vor Inkrafttreten des HypBG der nach manchen Bankstatuten vorgesehene Pfandhalter ein Angestellter der Bank war und die Einhaltung der Vorschriften, welche der Treuhänder gewährleisten soll, schon von der Bank selbst zu beachten ist. Der Treuhänder wäre dann ein gesetzlich verordneter "Innenrevisor". Hecht ⁵⁾ spricht, nachdem er den Treuhänder zuerst als Subjekt eigener Rechtsbeziehungen und als Treuhänder im Sinne von Schultze bezeichnet hat, später in widersprüchlicher und mißverständlicher Weise vom Treuhänder als einem "Organ der Bank", fügt allerdings gleich hinzu, daß er nicht Angestellter oder Beamter der Bank sei.

1) Hillig, a. a. O., § 29 Anm. 2 a; Kohler, Bankarchiv VI, S. 121 f; Wolff-Raiser, Lehrb. d. Sachenrechts, 10. Bearb. 1957, § 157 a III 3, ohne Begr. u. als strittig bezeichnet.

2) Kohler, a. a. O., S. 121; derselbe Lehrb. d. Konkursrechts, S. 99.

3) Vgl. Jäger, Lehrb. d. Dt. Konkursrechts, § 11 II, S. 63.

4) Kohler, Hyp. Bank. Treuhänder, § 11.

5) Encyklopädie, S. 1091.

Die Vergütungspflicht der Bank, heute auch nur noch eine mittelbare, reicht zur Begründung einer Stellvertretung nicht aus, ebensowenig das Anhörrungsrecht der Bank. Nach der geschichtlichen Entwicklung und der Tatsache, daß der Treuhänder weder Verpflichtungs- noch Verfügungsgeschäfte für die Bank vornehmen kann, ist er eindeutig kein Vertreter der Bank. Der Treuhänder übt nicht Rechte der Bank aus, er übt Rechte gegenüber der Bank aus, was nicht möglich wäre, wenn der Treuhänder kein von der Bank verschiedener Rechtsträger wäre. Schließlich zeigt auch § 33 HypBG, der von der Möglichkeit eines Rechtsstreites zwischen Treuhänder und Bank ausgeht, daß der Treuhänder eine eigene Parteifähigkeit besitzt. In der Literatur ist daher auch nirgends die Vertreter-eigenschaft im Verhältnis zur Hypothekenbank bejaht worden ¹⁾. Die Bemerkung Hechts, wonach der Treuhänder ein "Organ der Bank" sei, hat höchstens im untechnischen Sinn, etwa im Hinblick auf die kreditfördernde Auswirkung seiner Tätigkeit, eine gewisse Berechtigung, ist aber wegen der Begriffsverwirrung bedenklich.

2. Privatrechtliche Treuhänder-Theorien (Amtstheorie)

a) Das "neutrale Handeln" und der allgemeine Treuhandbegriff Schultzes

Wenn der Treuhänder kein Vertreter eines anderen Rechtsträgers ist, müssen seine Handlungen ihm selbst zugerechnet werden. Nun besteht aber kein Zweifel, daß der Rechtskreis des Treuhänders N. N. nicht etwa identisch ist mit dem Rechtskreis des Privatmannes N. N. Nur N. N. als Treuhänder hat die aus §§ 29 - 32 HypBG sich ergebenden Rechte und Pflichten, nur als Treuhänder steht ihm der Mitbesitz an den Hypothekenbriefen usw. und das Recht der Büchereinsicht zu. Er kann seine Treuhänderrechte nicht übertragen und auch nicht vererben, umgekehrt berühren seine pflichtgemäßen Handlungen als Treuhänder auch nicht seinen persönlichen Rechtskreis. Obwohl er kein Vertreter ist, wirken seine Handlungen "als Treuhänder" nicht für und gegen ihn persönlich, eine Erscheinung, die Dölle ²⁾ als "neutrales Handeln" bezeichnet und die wir, wenn wir nicht den Vertretertheorien folgen, bei Konkursverwaltern, Nachlaßverwaltern usw. feststellen.

1) Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 5 und 7; Dannenbaum, Hyp. Banken, § 29 Anm. 6; Drechsler, S. 123; Fleminger, S. 85; Gunz, S. 55 f.; Hofmann, § 29 Anm. 4; Voges, S. 31; Philipp, S. 67 f.; Wille, S. 63.

2) Festschrift für Schulz, II. Band, S. 268 ff.

Wenn der Treuhänder auch nicht in fremdem Namen handelt, so wird er aber doch eindeutig in fremdem Interesse tätig. Ein gewisses privates Interesse an der Vergütung mag vorhanden sein, es ist aber nicht wesensbestimmend. Haemmerle ¹⁾ berücksichtigt dies in seiner an Schultze anknüpfenden Definition, indem er von "nicht im überwiegenden eigenen Interesse" zu gebrauchenden Eigenrechten spricht. Diese notwendige Unterscheidung zwischen Privatperson N. N. und Treuhänder N. N. gab und gibt bei formal vergleichbaren Einrichtungen wie z. B. Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Vergleichsverwalter usw. mit Anlaß, ein Vertretungsverhältnis anzunehmen. Wir müssen beim Treuhänder nach dem HypBG diese Unterscheidung auch machen, ohne allerdings auch nur annähernd vertretbare Gründe für ein Vertretungsverhältnis, wie sie bei Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker usw. nicht zu leugnen sind, zur Hand zu haben. Beim Treuhänder nach dem HypBG stehen wir quasi mit dem Rücken zur Wand: Die Annahme einer Stellvertretung erscheint hier ausgeschlossen, da der Treuhänder weder über fremdes Vermögen verfügen noch Verpflichtungserklärungen abgeben kann, die andere binden. Wir müssen nach einer anderen Lösung suchen.

Es liegt nun nahe, unseren Treuhänder als das anzusehen, als was er im Gesetz bezeichnet wird, als Treuhänder. In der Tat haben wir festgestellt, daß der Treuhänder seine Rechte als eigene Rechte im eigenen Namen ausübt. Diese Rechte wurden ihm übertragen, damit er sie im Interesse anderer, der Pfandbriefgläubiger, ausübe. Die Definition von Schultze ²⁾, wonach Treuhänder ist, "wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen", paßt für den Hypothekenbanktreuhänder vorzüglich und auch Schultze ³⁾ hält ihn für einen wahren Treuhänder im deutschrechtlichen Sinne. Wir können bei unserem Treuhänder ergänzend auch noch eine Übereinstimmung von Rechtsmacht und Treuhandzweck feststellen. Die Beschränkung der Rechtsmacht unseres Treuhänders tritt allerdings nicht im Wege der von Schultze allgemein herangezogenen auflösenden Bedingung ein. Da die Rechtsstellung des Hypothekenbanktreuhänders nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern auf dem Gesetz beruht, ist das Hilfsmittel der auflösenden Bedingung nicht nötig. Ob dieser Ansatzpunkt Schultzes für die rechtsgeschäftliche Treuhand richtig ist, kann dahingestellt bleiben. Drechsler ⁴⁾ und Gunz ⁵⁾ heben zu Unrecht darauf ab.

1) Verh. d. 36. DJT, Bd. 1, Gutachten, S. 644 und 697.

2) a. a. O., S. 1.

3) a. a. O., S. 96 ff., 102.

4) a. a. O., S. 127.

5) a. a. O., S. 88.

Das HypBG räumt dem Treuhänder grundsätzlich nicht mehr Rechte ein, als er zur Erfüllung seiner Aufgaben braucht. Das Gesetz spricht regelmäßig überhaupt nur von seinen Pflichten, nicht von seinen Rechten. Seine Rechte ergeben sich mittelbar aus seinen Pflichten. Was er nicht tun darf, z. B. über Deckungshypotheken verfügen, kann er gar nicht tun. Sein rechtliches Können geht regelmäßig nicht über sein rechtliches Dürfen hinaus, er hat keine "überschießende Rechtsmacht", wie der Fiduziar. Daß im konkreten Fall Pflichtwidrigkeiten möglich sind, liegt in der menschlichen Natur; der Treuhänder nach dem HypBG hat aber jedenfalls nicht mehr Rechte, als er zur Erfüllung seiner Aufgaben braucht. Eine gewisse Ausnahme macht nur § 32 Abs. 1 HypBG, welcher dem Treuhänder das Recht der Büchereinsicht usw. gewährt. Bei einem Informationsrecht liegt es in der Natur der Sache, daß es unmöglich ist, rechtliches Dürfen und rechtliches Können absolut anzupassen. Ein zweckfremder Gebrauch dieser Rechte ist, worauf Gunz¹⁾ abhebt, nicht auszuschließen. Aber Gunz übersieht, daß dieses Informationsrecht für den Treuhänder nur ein sekundäres Recht ist. Es ist nur ein Hilfsrecht zur Erfüllung seiner eigentlichen Aufgaben, die in §§ 30 und 31 HypBG festgelegt sind. Das Wesen des Treuhänders wird von diesen Rechten und Pflichten bestimmt, nicht von § 32 Abs. 1; bezüglich seiner wesentlichen Aufgaben besteht aber keine überschießende Rechtsmacht. Eine deutschrechtliche Treuhand-schaft mit Übereinstimmung von Treuhandzweck und Rechtsmacht schon dann abzulehnen, wenn in Nebendingen ein mißbräuchlicher Gebrauch von Hilfsrechten möglich ist, erscheint überspitzt.

Die Zweifel Drechslers²⁾ und Flemingers³⁾, daß die Einschränkung der Rechtsmacht des Hypothekendarlehners dem Treuhandzweck entsprechend sich nicht genügend aus dem Gesetz ergäbe, erscheinen daher unbegründet. Durch die indirekte Normierung der Rechte über die Pflichten, kommt die Kongruenz von Rechtsmacht und Treuhandzweck denkbar deutlich zum Ausdruck. Die Ansicht von Schultze, der Treuhänder des Hypothekendarlehngesetzes trüge seinen Namen mit Recht und sei ein wahrer Treuhänder im deutschrechtlichen Sinne, verdient daher Zustimmung⁴⁾.

Zwar hat unser Treuhänder keine dingliche Rechtsmacht im formalen Sinne und kann insbesondere nicht über Rechte anderer verfügen, doch setzt der Treuhandbegriff das Innehaben dinglicher Rechte nicht voraus.

1) a. a. O., S. 103.

2) a. a. O., S. 127 f.

3) a. a. O., S. 89.

4) Ebenso Bovensipen, Handwörterbuch d. Rechtsw., VI. Band, S. 67; Dernburg, Bürgerl. Recht, S. 502; Philipp, a. a. O., S. 75/76; Wille, a. a. O., S. 65; Voges, a. a. O., S. 33. A. A.: Fischbach, a. a. O., S. 318; Fleminger, a. a. O., S. 89; Schless, a. a. O., S. 44 m. w. Nachw.

Im übrigen gibt es ein schiefes Bild, wenn man die Rechte des Hypothekenbank-Treuhänders nur als obligatorische Rechte, als Ansprüche im schuldrechtlichen Sinne, versteht. Die Hypothekenbank ist nicht nur verpflichtet, seine im Gesetz vorgesehenen Prüfungen zu dulden, sie braucht auch in wichtigen Fällen die positive Mitwirkung des Treuhänders. Der Mitbesitz an den Deckungswerten nach § 31 Abs. 1 HypBG ist mehr als nur ein Anspruch des Treuhänders. Die Vorschrift des § 30 Abs. 3 HypBG, verstärkt durch die Strafbestimmung des § 38 HypBG n. F., wonach Hypothekenspfandbriefe nur mit der Deckungsbestätigung des Treuhänders in Umlauf gebracht werden dürfen, macht praktisch die erstmalige Verfügung der Hypothekenbank über Pfandbriefe von der Mitwirkung des Treuhänders abhängig. Die "Blockierungsrechte" des Treuhänders wirken im Ergebnis wie absolute dingliche Verfügungsbeschränkungen. Von den mengenmäßig meist unbedeutenden Buchhypotheken abgesehen, ist es der Bank nicht nur verboten, über Deckungswerte zu verfügen, sie kann wegen des Mitbesitzes des Treuhänders nach § 31 Abs. 1 HypBG gar nicht wirksam verfügen. Für die Hauptmasse der Deckungswerte, die Briefhypotheken der Bank, wirkt der Mitbesitz des Treuhänders an den Hypothekenbriefen über § 1154 BGB stärker als ein Verfügungsverbot. Auch § 30 Abs. 3 HypBG wirkt ähnlich stark, denn kein Bankvorstand kann sich einen Verstoß dagegen leisten, nicht nur wegen der Strafbestimmung des § 38 HypBG. Die gesetzlich festgelegten Mitwirkungserfordernisse verschaffen dem Treuhänder tatsächlich eine Stellung, die einer dinglichen Rechtsmacht kaum nachsteht. Auch das von Dernburg¹⁾ hervorgehobene Merkmal des Treuhänders, die Wahrung gewisser sozialer Aufgaben, finden wir beim Treuhänder nach dem HypBG ausgeprägt vor.

Bei der Schultzeschen Feststellung, der Hypothekenbank-Treuhänder sei ein echter deutschrechtlicher Treuhänder, verblieb es aber nicht und konnte es auch nicht bleiben, weil diese Definition nur eine sehr allgemeine ist.

b) Die Zweckpersonen-Theorie von Gunz

In seiner grundlegenden Arbeit hat Gunz²⁾, wie uns scheint, den Gedanken Dölles vom "neutralen Handeln"³⁾ in etwas anderer Form teilweise vorweggenommen und einen bemerkenswerten Lösungsvorschlag unterbreitet, der aber anscheinend über das Hypothekenbankrecht hinaus kein Echo gefunden hat. Gunz sieht das Typische an Hypothekenbank-Treuhänder, Konkursverwalter,

1) a. a. O., S. 502.

2) a. a. O., S. 104 f.

3) Dölle, Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift f. Schulz, II. Bd., S. 268 f.

Testamentsvollstrecker usw. unter anderem darin, daß diese Personen durch Einräumung oder Sanktionierung ihrer "Amtsgewalt" - wir können auch sagen Übertragung eines gesetzlichen Aufgabenkreises (Kompetenzkomplex) - neben ihrer Privatperson ein zweites Ich erhalten - ohne aber juristische Person zu werden - und wählt dafür die Bezeichnung "Zweckperson". Durch ihr Amt, ihren Zweck, würden diese Verwalter erst entstehen, oder gewissermaßen aus der Privatperson herausgelöst und nun innerhalb des durch ihren Zweck umschriebenen Rechtsgebietes ein eigenes Leben führen. Das "Amt" in diesem Sinne versteht er einmal subjektiv als Verpflichtung zum Gebrauch von Rechten und objektiv als "Komplex von Befugnissen zum Eingriff in fremde Rechte zwecks Schutzes gewisser Interessen".¹⁾ Gegenüber dem Träger des Privatvermögens des Amtsträgers sei ein abgeschlossener Kreis von Funktionen zugleich als Recht und Pflicht zur Wahrnehmung gewisser höherer Interessen vorhanden. Handelt der Amtsträger als solcher, so tritt er nicht als Vertreter auf und es berühren seine Handlungen auch nicht seine "Privatperson"; sie sind im Dölle'schen Sinne "neutral".

Gunz läßt keinen Zweifel, daß das Amt dieser Personen kein Staatsamt ist. Die Macht des Staates, allen Rechtsverhältnissen gegenüber Eingriffe vornehmen zu können, äußere sich hier nicht unmittelbar durch ein Organ des Staates, sondern mittelbar in der Schaffung von Rechtskomplexen, deren Inhaber die vom Staat gewollte oder wenigstens sanktionierte Rechtswirkung zu erreichen befähigt seien²⁾. Zwischen der Privatperson und der Zweckperson, dem Repräsentanten des - privaten - Amtes, bestehe nur physisch ein Zusammenhang³⁾.

Dieser Gunz'schen Zweckpersonen-Theorie schloß sich auch Dannenbaum⁴⁾ und mit ihm, jedenfalls im Ergebnis, die herrschende Meinung an, wobei sich die Bezeichnungen aber nicht decken. Dannenbaum spricht von einer "Zweckperson sui generis"⁵⁾. Der Zusatz "sui generis" erscheint überflüssig und dient nicht der Erhellung. Der von Gunz entwickelte Begriff ist nur ein Ordnungsbegriff. Alle diese Zweckpersonen sind, wie der Name schon sagt, eines bestimmten Zweckes wegen geschaffen worden. Der Zweck, die Aufgabe, ist in den einzelnen Fällen sehr unterschiedlich. Jeder Zweck ist ein solcher "sui generis". Die besondere Eigenart der einzelnen Amtsträger, Zweckpersonen, gesetzliche Treuhänder, Amtstreuhandler oder wie immer sie genannt werden, ihre materiale Rechtsstellung, kommt im Ordnungsbegriff nicht zum Ausdruck,

1) a. a. O., S. 116.

2) a. a. O., S. 117/118.

3) a. a. O., S. 123.

4) Hypoth. Banken, § 29 Anm. 1 f.

5) Hypoth. Banken, § 29 Anm. 4.

dieser Begriff läßt aber für die materiale Wesensart schon begrifflich Raum und will hierüber keine nähere Aussage machen.

c) Die Theorie vom privatrechtlichen Amt

Die Gunz'sche Zweckpersonentheorie ist eng verwandt mit der für Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter usw. herausgebildeten Amtstheorie, wonach diese "Verwalter" Inhaber oder Träger privater Ämter ¹⁾ sind ²⁾. Diese Amtstheorie ist zwar in der Literatur umstritten ³⁾, vom Reichsgericht aber in ständiger Rechtsprechung ⁴⁾ vertreten und auch vom Bundesgerichtshof ⁵⁾ übernommen worden, für die Praxis also jedenfalls maßgebend ⁶⁾.

Andersartige Bezeichnungen dieser Verwaltertypen, z. B. die als "Partei kraft Amtes", "Amtstreuhänder" oder "gesetzliche Treuhänder" u. ä. bedeuten regelmäßig nur einen anderen Namen für denselben oder einen nur etwas modifizierten wissenschaftlichen Ordnungsbegriff. Mit der Bezeichnung "Partei kraft Amtes" z. B. ist eine nicht am materiellen, sondern am Prozeßrecht, insbesondere § 114 Abs. 3 ZPO, orientierte Kennzeichnung gewählt und die prozessualen Gesichtspunkte stehen im Vordergrund. Kipp-Coing ⁷⁾ ziehen die Bezeichnung "Treuhänder" vor, weil der Ausdruck "Amt" zu eng mit dem öffentlichen Recht verbunden sei. Lauterbach ⁸⁾ spricht von einem amtlichen Treuhandverhältnis und hält die Bezeichnung "Partei kraft gesetzlicher Treuhand" für besser, denn ein "Amt" habe der gesetzliche Vertreter auch. Auch die Amtstheorie selbst hält die fraglichen Verwalter, da ihnen ihre Rechte im Interesse verschiedener anderer Beteiligten verliehen seien, für Treuhänder ⁹⁾, sieht also die In-

1) Zum Begriff des privatrechtlichen Amtes vgl. insbes. v. Spreckelsen, Begriff des privatrechtl. Amtes, S. 95 ff.

2) Gunz sagt S. 119 selbst, daß die praktischen Konsequenzen der Zweckpersonentheorie keine bedeutenden sind.

3) Ablehnend z. B. Lent, Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, in ZZP, Bd. 62, S. 129 ff.; Übersicht über Stand der Meinungen am Beispiel des Testamentsvollstreckers bei Staudinger-Dittmann, Erbrecht, Vorbem. vor § 2197 BGB, S. 998 ff.

4) u. a. RGZ 56, 327 (330); 65, 287 (289 f.); 80, 311 (314); 120, 189 (192); 132, 138 (142).

5) BGHZ 13, 203 (205); 41, 23 f.

6) Die praktischen Ergebnisse weichen im übrigen auch kaum von denen der Vertreter-Theorien ab.

7) Enneccerus-Kipp-Coing, Erbrecht, § 66 III.

8) Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundzüge § 50 1) C).

9) Vgl. v. Spreckelsen, a. a. O., S. 99; Kregel in RGR Kom. vor § 2197 Anm. 3, spricht von einem "nichtöffentlichen Treuhänder".

haber privater Ämter nur als engere Gruppe innerhalb der Treuhänder an.

Dölles Theorie vom "neutralen Handeln" erweist sich auch als modifizierte Amtstheorie. Kropp ¹⁾ meint, mit dieser Theorie vom neutralen Handeln sei lediglich die Amtstheorie von dem Blickpunkt gezeigt worden, von dem allein sie nach sämtlichen Konsequenzen befriedigen könne. Dölle weicht insofern von der herkömmlichen Amtstheorie ab, als er meint, diese Inhaber privater Ämter würden weder im eigenen noch in fremdem Namen handeln, sondern ihr Handeln sei, weil objekt- und nicht subjektbezogen, "neutrales Handeln".

Bei einem Vergleich, wie weit die Begriffsmerkmale der Amtstheorie ²⁾ auf unseren Treuhänder nach dem HypBG passen, stellen wir folgendes fest.

Übereinstimmung besteht in folgenden Punkten:

1. Der Treuhänder hat Rechte in bezug auf einen Vermögensteil eines anderen (Sondergut) und zwar den Deckungsbestand für die Hypothekenzinspfandbriefe und Kommunalschuldverschreibungen der Hypothekenbank.
2. Der Treuhänder wird durch eine staatliche Behörde bestellt und abberufen.
3. Mit der Bestellung erwirbt er die ihm nach dem Gesetz zustehenden Befugnisse, seine Rechte und Pflichten sind gesetzlich festgelegt.
4. Der Treuhänder hat in bezug auf das "Sondergut" Prozeßführungsbefugnis, z. B. bei einem Verstoß gegen § 34 a HypBG, und tritt im Prozeß als Partei kraft Amtes auf. ³⁾
5. Der Treuhänder hat seine Rechte nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse auszuüben, seine Rechte sind Aufgaben, die wahrzunehmen er verpflichtet ist.
6. An der fremdnützigen Tätigkeit des Treuhänders besteht auch ein öffentliches Interesse.
7. Der Treuhänder ist jedoch nicht Träger eines öffentlichen Amtes (Staatsbeamter).
8. Der Treuhänder ist auch nicht Stellvertreter anderer Personen.
9. Der Treuhänder hat kraft Gesetzes Anspruch auf eine angemessene Vergütung.

1) Rechtsnatur und Rechtsstellung des Treuhänders, S. 174.

2) Vgl. dazu v. Spreckelsen, a. a. O., S. 96 ff.; Lobscheid, a. a. O., S. 67.

3) Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 7.

10. Den Treuhänder trifft eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 266 StGB.
11. Das Handeln des Treuhänders ist im Dölle'schen Sinne objekt- und nicht subjektbezogen.

Die letzte Feststellung mag im ersten Augenblick befremdlich erscheinen, wenn man daran denkt, daß der Treuhänder doch allgemein als der Interessenvertreter der Schuldverschreibungsgläubiger gilt. Hier zeigt es sich, daß diese Annahme, der Treuhänder sei Interessenvertreter der Schuldverschreibungsgläubiger, doch etwas pauschal und nur mit Einschränkungen richtig ist. Der Treuhänder hat nämlich keineswegs alle denkbaren Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger wahrzunehmen. Die Gläubiger haben z. B. ein großes Interesse daran, daß ihre Wertpapiere an der Börse einen hohen Kurswert besitzen und die Bank Kurspflege treibt. Der Börsenkurs zeigt ja den jeweiligen tatsächlich realisierbaren Gegenwartswert der Schuldverschreibungen an. An all diesen Dingen ist aber unser Treuhänder gänzlich uninteressiert. Von den möglichen Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger hat der Treuhänder nur einen festumrissenen Teil wahrzunehmen, er hat, genauer gesagt, nicht die, d. h. alle Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger, sondern einige ihrer Interessen, und zwar vor allem ihr Interesse am Vorhandensein der gesetzmäßigen Deckungsmasse zu wahren.

Der Treuhänder sorgt

- a) für die Kongruenz von Schuldverschreibungsumlauf und Deckungsbestand (§ 30 Abs. 1 und Abs. 3, § 31 HypBG);
- b) für das Wirksamwerden der Vorrechte nach §§ 34 a und 35 HypBG durch Eintragung der Deckungswerte in das Hypothekenregister (§§ 22, 30 Abs. 2 und Abs. 4 HypBG);
- c) für die Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verhältnisses von Schuldverschreibungsumlauf zu Eigenkapital, wobei der Schuldverschreibungsumlauf der Höhe nach im wesentlichen mit dem Deckungsbestand übereinstimmt.

Die Tätigkeit des Treuhänders ist also bezogen auf den Deckungsbestand, das "Sondergut" i. S. von Ziff. 1. Der Treuhänder sorgt nach dem Gesetz nicht für "jemand", sondern für "etwas", seine Tätigkeit ist also objekt- und nicht subjektbezogen im Sinne von Dölle. Hinter dieser Sorge für "etwas" steht allerdings auch die Fürsorge für jemanden. Da das Vorhandensein des Deckungsbestandes die "Sicherheit" der Schuldverschreibungen gewährleistet, nützt der Treuhänder allen, die an der Sicherheit der Schuldverschreibungen interessiert sind, in erster Linie - und deswegen wurde er geschaffen - den Schuldverschrei-

bungsgläubigern, daneben aber auch, wie wir sahen, der Hypothekenbank und der Aufsichtsbehörde. Gerade die Tatsache, daß der Treuhänder vom Gesetz nicht als subjektbezogener einseitiger Interessenvertreter sondern als objektbezogener Funktionär gestaltet wurde, ermöglicht es ihm - ein gesetzmäßiges Verhalten aller Beteiligten unterstellt - in einem symbiotischen Zusammenwirken sowohl den Schuldverschreibungsgläubigern wie auch der Hypothekenbank und der Aufsichtsbehörde zu nützen.

Eine Abweichung von den Merkmalen der althergebrachten Inhaber privatrechtlicher Ämter stellen wir in folgenden Punkten fest:

1. Das Herrschaftsrecht des Treuhänders über das "Sondergut" ist nur ein verkümmertes und beschränkt sich auf den Mitbesitz nach § 31 HypBG.
2. Der Treuhänder hat keine Verfügungsmacht über das "Sondergut".
3. Der Treuhänder hat keine Verpflichtungsmacht für den Rechtsträger des "Sondergutes" in bezug auf dieses.

An die Stelle der Verwaltungsrechte nach Ziff. 1 - 3 treten bei unserem Treuhänder weitgehende Kontroll- und Mitwirkungsrechte. Statt selbst aktiv zu verwalten, überwacht und "bremst" er notfalls die Verwaltung des Sondergutes durch den Rechtsinhaber. Von diesen bemerkenswerten Unterschieden abgesehen besteht aber weitgehende Übereinstimmung mit den Begriffsmerkmalen der Amtstheorie.

Die nicht zu leugnenden Abweichungen zwingen uns aber nicht, die Anwendbarkeit der Amtstheorie auf unseren Treuhänder gänzlich zu verneinen ¹⁾. Die Amtstheorie und ihre Begriffsmerkmale stellen ja keine Rechtsnormen dar. Ein wissenschaftlicher Ordnungsbegriff ist einer Fortbildung und Differenzierung fähig; wenn der Gesetzgeber neue verwandte Einrichtungen schafft, ist eine Anpassung und Modifizierung sogar geboten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß die Inhaber privater Ämter nur eine Untergruppe innerhalb der größeren Kategorie der Treuhänder darstellen.

Bis um die Jahrhundertwende genügte die Amtstheorie vollkommen für alle Fälle "gesetzlicher Treuhandschaften". Mit dem Treuhänder nach dem HypBG und seinen Nachfolgern, insbesondere den Treuhändern nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz und dem Schiffsbankgesetz, sind dann vom Gesetzgeber neue Einrichtungen geschaffen worden, für welche die Begriffsmerkmale der Amtstheorie zwar überwiegend, aber nicht in allen Punkten zutreffen. Schon Gunz hat den naheliegenden Weg der Modifizierung der Amtstheorie beschritten. Für seine

1) So Lobscheid, Treuhänder für das Deckungskapital nach dem VAG, S. 66 ff., 72.

Theorie der Zweckperson ist die Verfügungsmacht kein entscheidendes Kriterium mehr, diese Theorie vermag daher auch zwanglos den Treuhänder nach dem HypBG zusammen mit den althergebrachten Inhabern privater Ämter in denselben Ordnungsbegriff einzubeziehen. Zur Modifizierung der älteren Amtstheorie muß allerdings noch eine Unterscheidung, eine Untergliederung hinzukommen, durch welche der materielle Unterschied zwischen den überkommenen Inhabern privater Ämter wie Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter usw. und den neueren gesetzlichen Treuhändern wie den Treuhändern nach dem HypBG, VAG und Schiffsbankgesetz zum Ausdruck kommt. Als Ansatzpunkt bietet sich der Unterschied im Inhalt des jeweiligen Amtes, d. h. des gesetzlichen Aufgabenkreises an.

Die althergebrachten Amtsinhaber haben in bezug auf das Sondergut Verfügungs- und Verpflichtungsmacht, sie sind "Verwalter" dieser Vermögensmasse. Kennzeichnend für die neueren Treuhänder ist das Fehlen dieser Verfügungsmacht; sie besitzen weitgehende Kontroll- und Mitwirkungsrechte in bezug auf das Sondervermögen. Es bietet sich daher innerhalb der Gruppe der Inhaber privater Ämter, Amtstreuhänder, gesetzliche Treuhänder oder Zweckpersonen eine Untergliederung an in Amtsinhaber mit Verwalteraufgaben und andere mit Überwachungsaufgaben. Ähnlich spricht auch Kropp ¹⁾ je nach Aufgabenbereich von Aufsichts-, Überwachungs- und Verwaltungstreuhand. Auch Michael ²⁾ spricht insoweit richtig von der mit dem Hypothekenbank-Treuhand beginnenden Überwachungstreuhand und unterscheidet Überwachungs- und Verwaltungstreuhand. Wenn wir uns dieser heute notwendigen Differenzierung bewußt sind, können wir den Treuhänder nach dem HypBG als Überwachungstreuhand neben der Gruppe der Verwaltungstreuhand in die umfassendere Kategorie der Inhaber privater Ämter, gesetzliche Treuhänder, Amtstreuhänder oder Zweckpersonen einordnen. Die herrschende Meinung ³⁾ hat dies mit der Annahme der Schultz'schen Treuhändertheorie, der Gunz'schen Zweckpersonentheorie oder unmittelbar der Amtstheorie auch getan. Weil die Theorie der Zweckperson als Variante der Amtstheorie im Rechtsleben nicht allgemein bekanntgeworden ist, empfiehlt es sich, um eine Begriffsverwirrung zu vermeiden und bei allgemein bekannten Begriffen zu bleiben, auch für den Treuhänder nach dem HypBG die geläufige Bezeichnung "Inhaber oder Träger eines privatrechtlichen Amtes" zu verwenden.

Das Amt unseres Treuhänders in diesem Sinne beinhaltet objektiv den im

1) a. a. O., S. 18.

2) a. a. O., S. 12/13.

3) u. a. Dannenbaum, Hyp. Bankges., § 29 Anm. 4; Barlet-Karding-Fleischmann, § 29 Anm. 7 u. 8; Hofmann, § 29 Anm. 7.

Hypothekendarstellung festgelegten Zuständigkeitskomplex (Rechtskreis) und subjektiv die Pflicht zur gewissenhaften Ausübung dieser fremdnützigen Rechte. Rechte und Pflichten sind grundsätzlich kongruent.

3. Öffentlich-rechtliche und berufsrechtliche Konstruktionen oder Anknüpfungspunkte

a) "Öffentliche Treuhand" im Sinne Michaels

Wir haben oben unter II. C auf die Konstruktion der Öffentlichen Treuhand von Michael ¹⁾ hingewiesen und wollen jetzt, nachdem wir im II. Abschnitt den Gesetzesbegriff des Hypothekendarstellers näher untersucht haben, den Michael'schen "Ordnungsbegriff" kritisch unter die Lupe nehmen.

Michael geht zuerst auf die Begriffe "privat" und "öffentlich", den allgemeinen Treuhandbegriff und verschiedene Formen von Treuhandschaften ein und nennt einige Treuhandfälle im Völkerrecht, um schließlich auf seinen Begriff der Öffentlichen Treuhand zu kommen. Bei der Öffentlichen Treuhand würden das Volk und der Staat als Hauptbeteiligte, als Treuhänder, Treugeber und Drittbegünstigte in das Treuhandverhältnis eintreten ²⁾. Wie in einem Treuhandverhältnis Treuhänder, Treugeber und Drittbegünstigter im Staat identisch sein können, führt Michael allerdings nicht aus. Auf S. 11 zählt er dann verfassungs- und verwaltungsrechtliche Treuhandfälle auf und nennt u. a. die im Jahr 1923 erfolgte Inpflichtnahme des bayerischen Teils der Reichswehr durch die bayerische Staatsregierung als "Treuhänderin des deutschen Volkes", die Treuhandschaft der Reichsregierung über die Deutsche Evangelische Kirche durch das Gesetz vom 24. 9. 1935 ³⁾, den 1933 geschaffenen Treuhänder der Arbeit, die aus Art. 41 der hessischen Verfassung sich ergebende Treuhandschaft des bisherigen Eigentümers. Dabei erkennt Michael, daß in diesen Fällen neben und vor den rechtlichen die politischen Erwägungen mitsprachen und zum Teil ganz andere rechtliche Gesichtspunkte als die der Treuhandschaft zugrunde lagen ⁴⁾. Als weitere Gruppe von Treuhanderscheinungen verwaltungsrechtlicher Art nennt er dann den Hypothekendarstellers, den Treuhänder nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz - VAG -, den Treuhänder nach dem Schiffsbankengesetz usw. und außerdem die zwischen 1933 und 1945 eingeführten Treuhandschaften zur Sicherung der Landbewirtschaftung, zum Einsatz jüdischen Vermögens, zur Verwaltung feindlichen Vermögens und schließlich die 1945 und später durch oder auf Veranlassung von

1) Öffentliche Treuhand, 1948.

2) a. a. O., S. 9.

3) RGBL. I, S. 1178.

4) a. a. O., S. 12.

Militärregierungs-gesetzen geschaffene "Treuhänder" oder Verwalter ¹⁾.

Diese Treuhandschaften weichen nach Ansicht von Michael in der rechtlichen Konstruktion von der privaten Treuhandschaft ab. Von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen könne nicht die Rede sein. Das Treuhandverhältnis würde zu einem öffentlichen Rechtsverhältnis ²⁾. Obwohl er zwei Seiten vorher richtig erkannt hat, daß in vielen Fällen politischer sogenannter Treuhandschaften es sich gar nicht um Treuhandschaften im Rechtssinne handelt und er später im Laufe seiner Arbeit eine ganze Reihe sogenannter Treuhänder ihrem Wesen nach als Staatskommissare qualifiziert, die ohne Zweifel dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, benutzt er doch diese nur als Scheintreuhänder erkannten Figuren, um mit ihrer Hilfe seine These von der Existenz einer besonderen Kategorie von Öffentlichen Treuhändern zu begründen. Die meisten der von Michael angeführten sogen. Öffentlichen Treuhänder unterscheiden sich tatsächlich von den privaten Treuhändern und gehören auch dem öffentlichen Recht an, aber das deswegen, weil sie gar keine Treuhänder, sondern, was Michael selbst überzeugend dargelegt hat, in Wirklichkeit Staatskommissare waren, denen aus Gründen der Verschleierung der Name "Treuhänder" beigelegt wurde ³⁾. Die Ausführungen über Treue und Uneigennützigkeit als Wesensmerkmale der Treuhand ⁴⁾ sind schön und richtig. Wenn er aber schließlich erklärt: "Im Einzelfall nur kann sich ein fester Beurteilungsmaßstab am konkreten Sachverhalt ergeben. Mit allgemeinen Ausführungen ist das, was Treuebindung und Uneigennützigkeit und mit ihr die Entgeltlichkeit für die Treuhand bedeuten, nicht näher zu umschreiben. Es ist eine Sache des Rechtsbewußtseins und Rechtsgewissens" ⁵⁾, so kann man dazu nur sagen, am Einzelfall einen festen Beurteilungsmaßstab zu finden wäre unbedingt notwendig gewesen; ihn zu suchen hat Michael aber gerade nicht unternommen. Mit allgemeinen Ausführungen läßt sich gewiß kein brauchbarer juristischer Begriff definieren und der dieser Feststellung hohnsprechende Hinweis auf das Rechtsbewußtsein und das Rechtsgewissen ⁶⁾ hört sich reichlich vage an. Daß er den "(formellen) Rechtswert" und den "(materiellen) Rechtsgehalt" der öffentlichen Treuhand klären will, ehe er auf Einzelprobleme eingeht ⁷⁾, macht seine Untersuchung gewiß nicht überzeugender.

Begriff und Wesen der öffentlichen Treuhand faßt Michael nunmehr folgen-

1) a. a. O., S. 13/14.

2) a. a. O., S. 14.

3) a. a. O., S. 25.

4) a. a. O., S. 17 f.

5) a. a. O., S. 20.

6) a. a. O., S. 20.

7) a. a. O., S. 21.

dermaßen zusammen: "Uneigennützige Wahrnehmung öffentlicher Belange an fremden Personen, Vermögen, an Sachen und Rechtsbeziehungen unter Berücksichtigung der Rechte und Interessen des Eigentümers." ¹⁾ Diese Formulierung überhaupt einen Begriff zu nennen, fällt schwer. Sie ist so allgemein und umfassend, daß sich keine annähernd scharfen Grenzen - und diese aufzuzeigen gehört wohl zum Wesen einer Definition - ergeben. Einmal umfaßt die Aufzählung mit "Personen, Vermögen, Sachen und Rechtsbeziehungen" praktisch alles, was überhaupt Gegenstand einer Interessenwahrung sein kann und bedeutet keine Beschränkung. Unrichtig ist es dann, am Schluß nur von Rechten und Interessen des "Eigentümers" zu reden. An Personen und Rechtsbeziehungen gibt es kein Eigentum, trotzdem sollen aber wohl auch die Rechte und Interessen dieser Betroffenen berücksichtigt werden. Die uneigennützige Wahrnehmung öffentlicher Belange an allem möglichen unter Berücksichtigung der Interessen der Betroffenen - das wäre der Inhalt der "Definition" - ist aber Aufgabe so ziemlich der gesamten öffentlichen Verwaltung überhaupt! Das trifft für jeden öffentlichen Bediensteten, insbesondere die Beamten, zu. Andererseits fallen Treuhänder, die nicht unmittelbar öffentliche Belange wahrzunehmen haben, nicht darunter. Diese aus allgemeinen unbestimmten Rechtsbegriffen zusammengesetzte "Definition" hat mehr Ähnlichkeit mit einem Nebelstreif als mit einer klaren, brauchbaren juristischen Definition eines Rechtsinstituts.

Nachdem Michael die öffentliche Treuhand bisher als feststehende Erscheinung des öffentlichen Rechts behandelt hat, erklärt er auf S. 21, offen bliebe, in welcher Weise die Treuhand durch das öffentliche Recht anerkannt sei, welchen "Rechtswert" sie habe. Auf derselben Seite meint er weiter: "Der Einzelfall muß es im näheren ergeben, ob der Treuhand überhaupt rechtliche Bedeutung beigemessen wird und welche dieser Möglichkeiten - Rechtsinstitut, Rechtsgrundsatz, Programmsatz - für die öffentliche Treuhand in Betracht kommen." Diesen Satz kann man nur unterstreichen, Michael selbst hat ihn aber nicht beherrzt. Es ist schon verwunderlich, daß er die öffentliche Treuhand definiert und so tut, als sei sie von rechtlicher Bedeutung, noch ehe er untersucht hat, ob, und wenn ja, welche rechtliche Bedeutung ihr zukommt. Etwas zu definieren, von dem man noch nicht weiß, ob es sich um einen bloßen Programmsatz oder um ein festes Rechtsinstitut handelt, ist reichlich kühn, die "Definition" höchstens eine Arbeitshypothese. Eine Untersuchung von Einzelfällen, von konkreten Gesetzesbegriffen, hat Michael, was verständlich ist, nur ganz unzulänglich vorgenommen und vornehmen können. Überzeugend sind seine kurzen Einzeluntersuchungen insoweit, als er für viele sog. Treuhandschaften, so u. a. die Treu-

1) a. a. O., S. 20/21.

handschaft über die Evangelische Kirche ¹⁾ und den Treuhänder der Arbeit ²⁾ nachweist, daß diese Figuren in Wirklichkeit überhaupt keine Treuhänder sondern Staatskommissare zur Durchsetzung vorwiegend politisch bedingter Ziele waren. Diese Feststellungen sprechen aber nur für den von ihm richtig gesehenen politischen Mißbrauch der Bezeichnung "Treuhänder" ³⁾, nicht aber für eine eigenständige Einrichtung der Öffentlichen Treuhand.

Auf Seite 22 unternimmt Michael einen weiteren Fundierungsversuch seiner Öffentlichen Treuhand. Ausgangspunkt ist wieder der für das Privatrecht entwickelte Treuhandbegriff. Einer Analogie vom Privatrecht zum Öffentlichen Recht seien Grenzen gesetzt. Dann fährt er fort: "Einer derartigen Analogie bedarf es auch nicht, falls es sich ergibt, daß dieser Treuhandbegriff zu einer der Grundformen des Rechtes schlechthin zählt und allgemein gültige Rechtsgedanken wiedergibt, die jeder Rechtsordnung wesenseigen sind." Unter Berufung auf Beyerle ⁴⁾ bejaht er dies und meint: "Nur schwerwiegende Gründe könnten demgegenüber für das öffentliche Recht einen abweichenden Standpunkt rechtfertigen. Sie liegen nicht vor, wenn der Gesetzgeber schweigt. In allen diesen Fällen muß er es sich gefallen lassen, daß die Treuhand dem allgemeinen Treuhandbegriff eingeordnet und nach ihm beurteilt wird. Nimmt er sie jedoch in das Gesetz auf und legt er ihr einen etwa gegenteiligen Begriff zugrunde, so fragt es sich, ob von öffentlicher Treuhand noch gesprochen werden kann."

Diese Argumentation Michaels ist schon deswegen unrichtig, weil sie unlogisch ist. Aus der Tatsache, daß Wasser eine Flüssigkeit ist und Wein ebenfalls, kann man nicht den Schluß ziehen, Wasser sei Wein. Zu den Grundformen des Rechts gehört die Treuhand im weitesten Sinne. Beyerle ⁵⁾ versteht darunter jede vertretungsweise-uneigennützige Belangwahrung im Gegensatz zur gegenläufig-eigennützigen (Synallagma) und gleichläufig-eigennützigen (Gesamt-hand). Diese Grundform der Treuhand im weitesten Sinne durchlief verschiedene Entwicklungsstadien ⁶⁾ und kann sich in recht unterschiedlichen positiven Rechtsinstituten äußern, in der alten deutschrechtlichen Treuhand, der römischen fiduzia, dem englischen Trustee und auch der unmittelbaren oder mittelbaren Stellvertretung.

Mit dem Wirken eines allgemeinen Treuhandgedankens im weitesten Sinne kann man aber nicht die Geltung einer ganz bestimmten positiven Erschei-

1) a. a. O., S. 33-37.

2) a. a. O., S. 12.

3) a. a. O., S. 25.

4) Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, S. 46/47.

5) a. a. O., S. 16 b, 20.

6) Beyerle, a. a. O., S. 26 f.

nungsform derselben beweisen. Im weiteren Sinne wird das gesamte öffentliche Recht von Treuhands- und Gesamthandsgedanken beherrscht, ohne daß aber eine Analogie zu den engeren Gesamthands- und Treuhandsinstituten des Privatrechtes möglich wäre. Selbst im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus wiesen Ansprüche wie "Alles für das Volk, aber ohne das Volk", oder "Ich bin der erste Diener des Staates" einen treuhänderischen Akzent auf. Trotzdem wird es niemandem einfallen, Friedrich den Großen oder Josef II. als öffentliche Treuhänder ihrer Völker im juristischen Sinne bezeichnen zu wollen. Nach Michaels Methode müßte auch der Schluß gezogen werden können, weil die Treuhand-schaft eine allgemeine Grundform des Privatrechts ist, im englischen Recht des Trustee diese und jene Rechte und Pflichten hat und der deutsche Gesetzgeber schweigt, der deutsche Treuhänder wie der englische Trustee zu behandeln sei. Ob es im deutschen Verwaltungsrecht das Institut der Öffentlichen Treuhand gibt, läßt sich eben nur an konkreten Einzelfällen des geltenden positiven Rechtes be- weisen.

Diese Bemerkungen zu den allgemeinen Ausführungen Michaels mögen vorläufig genügen. Auf einige tatsächliche oder vermeintliche Treuhandschaften ist Michael, wenn auch nicht erschöpfend, so doch näher eingegangen, unter anderem auf den Hypothekenbanktreuhänder ¹⁾. Er meint allerdings auch hier, eine grundsätzliche Einordnung vornehmen zu können, ohne auf Einzelfragen eingehen zu müssen und verkennt, daß bei derartigen Zweckfiguren nur die Antworten auf eine ganze Serie von Einzelfragen überhaupt eine allgemeine Beurteilung und Einordnung zulassen. Er beschreibt kurz die Aufgaben des Treuhänders nach dem HypBG und weist ihm Sicherungsfunktionen zu, durch die die fehlende dingliche Sicherheit ersetzt werden soll. Der Treuhänder stehe zwischen dem Schuldner, der als Eigentümer des Treugutes der Treugeber sei und den Gläubigern, deren Interessen als Drittbegünstigte er wahrzunehmen habe. Daß der Treuhänder in erster Linie zur Wahrnehmung der Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger geschaffen wurde, entspricht der geschichtlichen Entwicklung und der herrschenden Meinung.

Michael behauptet dann weiter, daß die Treuhand ihre rechtliche Ausprägung durch die Teilnahme des Staates erhalte. Das stimmt für das Verhältnis Treuhänder - Aufsichtsbehörde, denn dieses ist öffentlich-rechtlich, die Bestellung ein Verwaltungsakt und kein Vertrag. Daß der Treuhänder einer öffentlich-rechtlichen Dienstpflicht unterliegt, ist eine bloße Behauptung. Michael führt dann aus: "An keiner Stelle obliegt die Rechtsgestaltung dem Privatrecht, das Treuhandverhältnis trägt vielmehr in der Gesamtheit seiner Rechtsbeziehungen

1) a. a. O., S. 44 f.

öffentlich-rechtliche Züge." ¹⁾ Gewiß kann der Rechtskreis des Treuhänders nicht durch Rechtsgeschäft verändert werden, sondern ist durch das Gesetz festgelegt, aber es kommt doch allenthalben vor, daß der Gesetzgeber einzelne Bereiche des Privatrechtes zwingend ordnet und für abweichende Rechtsgeschäfte keinen Raum läßt. Damit wird aber dieser Bereich des Privatrechtes noch nicht zu einem Teil des öffentlichen Rechts! Wenn das Verhältnis zwischen Treuhänder und Aufsichtsbehörde öffentlich-rechtlicher Natur ist, kann deswegen das Verhältnis des Treuhänders zur Hypothekenbank, zu den Pfandbriefgläubigern und zu Dritten durchaus privatrechtlicher Art sein. Der Gesetzentwurf von 1899 sah noch gar keine Teilnahme des Staates sondern die Wahl durch eine Versammlung der Pfandbriefgläubiger vor. Die Behauptung, die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen trage öffentlich-rechtliche Züge, steht auch im Widerspruch zu der Feststellung auf derselben Seite ²⁾, wonach der Treuhänder nicht zu der Personengruppe der §§ 839, 831 BGB gehöre und kein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sei. Auf Seite 25 hat Michael auch richtig bemerkt, daß der Treuhänder - im Gegensatz zum Staatskommissar - der Privatrechtsordnung verhaftet bleibe und nicht mehr Rechte besitze als der Eigentümer. Auch auf Seite 73 sagt er, die Rechtsmacht des Treuhänders sei privatrechtlicher Art. Diesen Widersprüchen fügt Michael gleich einen neuen hinzu. Während er auf Seite 45 richtig feststellt, der Hypothekenbanktreuhänder sei zur Sicherung der Gläubiger da und diese seien die Drittbegünstigten, er auch auf Seite 46 richtig bemerkt, der Gesetzgeber habe die Treuhandschaft in erster Linie zugunsten der Pfandbriefgläubiger errichtet und er diesen Gedanken grundsätzlich auch auf S. 47/48 aufrechterhält, bezeichnet er im selben Atemzug die Treuhandschaft als der Staatsaufsicht nebengeordnet ³⁾ und als wirksames und ausbaufähiges Mittel der Staatsaufsicht ⁴⁾.

Man fragt sich immer wieder, was der sogen. "Öffentliche Treuhänder" überhaupt sein soll? Einmal sagt Michael, die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen des Treuhandverhältnisses trage öffentlich-rechtliche Züge ⁵⁾, die Überwachungstreuhand sei der Staatsaufsicht nebengeordnet ⁶⁾, sie habe sich als ein wirksames und ausbaufähiges Mittel der Staatsaufsicht erwiesen ⁷⁾, jedes dieser Treuhandverhältnisse gliedere sich mit der bestimmenden "Teilnahme" der Auf-

1) a. a. O., S. 45/46.

2) a. a. O., S. 46.

3) a. a. O., S. 47.

4) a. a. O., S. 48.

5) a. a. O., S. 45/46.

6) a. a. O., S. 47.

7) a. a. O., S. 48.

sichtsbehörde in den Staatsorganismus ein, die Öffentliche Treuhand gehöre darum zur Staatsverwaltung ¹⁾. Andererseits heißt es aber wieder, der Treuhänder sei kein Staatsorgan und führe keine Staatsverwaltung, er sei nicht Träger und Vertreter hoheitlicher Zwangsgewalt und betätige sich vorwiegend privatrechtlich ²⁾, die Rechtsmacht des Treuhänders sei privatrechtlicher Art und er sei kein Beamter im staats-, haftungs- und strafrechtlichen Sinne, das Amt des Treuhänders sei keines mit staatlicher Organstellung und staatseigener Kompetenz ³⁾. Auf derselben Seite heißt es weiter: "Nicht jeder, der öffentliche Aufgaben verrichtet, muß dazu Beamter sein. Es besteht daneben die große, als Halbbeamte oder Amtsträger bezeichnete Gruppe von Personen, die ohne die Bindung eines Beamten- oder Privatdienstverhältnisses öffentliche Funktionen wahrnehmen." Unter Hinweis auf Triepel ⁴⁾ setzt er also den Öffentlichen Treuhänder mit den Ärzten, Rechtsanwälten usw. auf eine Stufe. Schon die von Triepel gebrauchten Bezeichnungen "staatlich gebundene Berufe" und "Halbbeamte" war nicht glücklich. Michael läßt gerade den Gegensatz zwischen beamteten Staatsdienern und den freien, öffentlich-rechtlich gebundenen Berufen außer acht. Wir werden später auf diese Frage noch gesondert eingehen. Schließlich setzt er die Überwachungs- und Verwaltungstreuhänder den Verwaltern fremder Vermögensangelegenheiten, wie Vormund, Pfleger, Nachlaß-, Konkurs- und Vergleichsverwalter gleich ⁵⁾. Dabei vergißt Michael wieder ganz, daß doch Vormund und Pfleger zwar Treuhänder im weitesten Sinne, im engeren Sinne aber Stellvertreter und keine Treuhänder sind. Auf Seite 74 meint Michael, für die Rechtsstellung des Treuhänders sei es ohne Bedeutung, ob man ihm die Qualifikation eines "freien" Berufes zuerkenne oder nicht. Diese Frage ist aber jedenfalls insoweit wichtig, als die Feststellung, ob jemand in den staatlichen Behördenapparat eingeordnet ist oder außerhalb desselben steht, ganz erhebliche rechtliche Bedeutung hat.

Als Zwischenergebnis werden wir festhalten können:

Wenn ein gesetzlich vorgesehener Treuhänder, dessen Rechte und Pflichten im Gesetz zwingend festgelegt sind, durch eine staatliche Behörde bestellt und abberufen wird, so ist das Rechtsverhältnis zwischen diesem Treuhänder und der Behörde öffentlich-rechtlicher Art. Soweit hat Michael ganz recht. Durch diese "Beteiligung" des Staates an einer gesetzlich normierten Treuhandschaft kommt ein öffentliches Interesse am Funktionieren dieser Treuhandschaft zum Ausdruck.

1) a. a. O., S. 76.

2) a. a. O., S. 71.

3) a. a. O., S. 73.

4) Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, S. 1 f.

5) a. a. O., S. 73.

Das bedeutet aber nicht, daß dieser Treuhänder in erster Linie staatliche Belange wahrnimmt und selbst zu einer öffentlichen Einrichtung wird. Es kann jemand öffentlich-rechtlich bestellt oder zugelassen und staatlich überwacht sein, trotzdem aber Privatperson bleiben. Wenn heute alle Tätigkeiten, an deren ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Staat ein Interesse bekundet, in den Bereich des Verwaltungsrechtes fallen würden, bliebe für das Privatrecht nur noch wenig übrig. Eine öffentliche Aufsicht finden wir heute gegenüber den öffentlich-rechtlich gebundenen Berufen, den gesetzlichen Vertretern und Inhabern privater Ämter, gegenüber allen Kreditinstituten usw. Deswegen bleiben aber diese öffentlich-rechtlich gebundenen Berufe, diese gesetzlichen Vertreter, Treuhänder und Amtsinhaber, die Privatbanken usw. doch Einrichtungen des Privatrechtes und werden keineswegs zu Organen des Staates. Wenn alle diese Personen keine Organe des Staates und auch keine selbständigen, etwa neben Körperschaften, Anstalten und Stiftungen stehende öffentliche Rechtsträger sind, wenn zudem auch die Stellung eines beliebigen Unternehmers ausscheidet, müssen sie doch Privatpersonen sein. Im übrigen ist es für die gesetzlichen Treuhänder nicht einmal die öffentlich-rechtliche Bestellung wesensnotwendig. Ein "Nachfolger" des Hypothekbank-Treuhänders, der Treuhänder nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz, wird vom Aufsichtsrat des Versicherungsunternehmens bestellt, die Aufsichtsbehörde hat nur eine Art Veto- und Interventionsrecht (§ 71 VAG).

Die Arbeit Michaels erscheint schon in der Anlage verfehlt, weil sie viel zu wenig von konkreten Gesetzesbegriffen ausgeht und zu wenig auf konkrete rechtliche Fragen abhebt. Michaels "Öffentliche Treuhand" ist kein juristischer Ordnungsbegriff mit exaktem Aussagewert. Die Arbeit ist soweit von Interesse, als sie eine historisch-soziologische Beschreibung der Tatsache enthält, daß besonders in den Jahren vor und nach 1945 der Staat und die Besatzungsmächte mit einer Flut von sogenannten Treuhandschaften in private Rechtskreise eingegriffen haben, diese sogen. Treuhandschaften überwiegend politisch motiviert waren und "die Absicht, das kommissarische Vorgehen mit dem Gewande bewährter Rechtsstaatlichkeit zu verschleiern" ¹⁾ dahinterstand. Der Staat mißbrauchte die Treuhandschaft ebenso wie mancher Privatmann, und sie eignet sich leider recht gut zum Mißbrauch. Diese politisch bedingten Ausnahmerscheinungen eignen sich aber nicht zur Begründung eines neuen verwaltungsrechtlichen Instituts. Soweit es sich nicht um Mißbräuche des Treuhandinstituts handelt, äußert sich in der Zunahme gesetzlicher Treuhandschaften mit der Möglichkeit staatlicher Einflußnahme die Tendenz des Staates, sich zunehmend stärker als ein die soziale Ordnung positiv beeinflussender und gestaltender Ordnungsfaktor zu fühlen, eine Tendenz, die ja auch in der Sozialstaatsklausel des Grundgesetz-

1) Michael, a. a. O., S. 25.

zes ¹⁾ einen verfassungsrechtlichen Ausdruck gefunden hat. Die Hinwendung zum sozialen Rechtsstaat mit seiner sozialen Vor- und Fürsorge brachte eine legitime quantitative Vermehrung von gesetzlichen Treuhandschaften mit staatlicher Einflußnahme, wobei die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden neben der von Gerichten stärker in den Vordergrund trat. Der Treuhänder des HypBG ist der erste dieser neuen gesetzlichen Treuhänder. Eine qualitative Veränderung dieser privatrechtlichen gesetzlichen Treuhandschaften war aber damit nicht verbunden. Das Grundgesetz, insbesondere die Art. 2, 12, 14, 19 und 20 Abs. 2 dürften auch eine öffentlich-rechtliche Treuhandschaft außerhalb der öffentlichen Verwaltung und der für diese geltenden Bindungen und Kontrollmöglichkeiten gar nicht zulassen. Am Grundgesetz konnte Michael im Jahre 1948 seine Öffentliche Treuhand natürlich noch nicht messen. Auch war damals die politische, wirtschaftliche und rechtliche Entwicklung in Deutschland durchaus noch nicht abzusehen. Das verschleierte Staatskommissariat und der totale Einfluß des Staates auf weiteste Bereiche des Privateigentums verschwanden in der Bundesrepublik - wir dürfen sagen Gott sei Dank - schneller, als man dies noch 1948 erhoffen konnte. Damit hat die sogen. Öffentliche Treuhand als angeblicher neuer Rechtsbegriff bei uns das verloren, was 1948 noch für sie sprechen mochte: ihre Aktualität. Aktuell geblieben und zu einem kaum noch verschleierten Staatskommissariat geworden ist sie offenbar in der SBZ.

Brundert ²⁾ meint, mit zunehmender Festigung der Wirtschaftsordnung würde die Öffentliche Treuhand als wirtschaftsgestaltende Maßnahme an Bedeutung verlieren, dagegen "als Strafmaßnahme im Rahmen des neuen Wirtschaftsstrafrechts stärker in den Vordergrund" treten. Dem Treuhänder obliege die Verpflichtung, das Treugut ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit zu verwalten. Daß unser Treuhänder nach dem HypBG nicht in diesen Rahmen paßt, ist offensichtlich.

Artzt ³⁾ geht ganz von der ideologischen Grundlage des Marxismus aus und sagt u. a.: "Die Einsetzung eines Treuhänders ist ein allgemeiner Verwaltungsakt, der keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf." Da die Einsetzung eines Treuhänders immer jemand in seinen Rechten beschränkt, ist diese, auf eine gesetzliche Ermächtigung verzichtende Ansicht mit unseren rechtsstaatlichen Vorstellungen, insbesondere mit Art. 2, 14, 20 GG unvereinbar.

1) Art. 20 Abs. 1.

2) Grundzüge des neuen Wirtschaftsrechts, S. 45.

3) Einige Fragen zur Stellung des durch Organe der Staatsverwaltung eingesetzten Treuhänders in privaten gewerblichen Unternehmen, in: Neue Justiz, 1952, S. 22 f.

Gumpert ¹⁾ geht noch weit über Michael hinaus. Er sieht nicht den Eigentümer als Treugeber an. Der Staat habe ein eigenes Recht auf Verwaltung von Vermögen, das in einer die öffentlichen Interessen gröblich verletzenden Weise gebraucht wurde. Diese Rechte, und nicht die Rechte des Eigentümers würden auf den Treuhänder übertragen ²⁾. Bei der Öffentlichen Treuhand ermächtige der Staat im Namen der Allgemeinheit als Treugeber durch Hoheitsakt den Treuhänder zur Wahrnehmung staatlicher Rechte an privatem Vermögen ³⁾. Über den Hypothekenbanktreuhänder als ersten angeblichen Fall einer öffentlich-rechtlichen Treuhandschaft sagt er: "Zur Sicherung der Öffentlichkeit gegen betrügerische oder leichtfertige Manipulationen der Hypothekenbanken wurde durch obrigkeitliche Bestellung ein Treuhänder eingesetzt, dessen Aufgabe es war, die Innehaltung der Deckungsvorschriften hinsichtlich der Hypothekenbriefe nachzuprüfen. Es handelt sich demnach um die Wahrnehmung von Kontroll- und Aufsichtsrechten, die dem Treuhänder übertragen waren. Außerdem war er zugleich Vertreter der Pfandbriefgläubiger." ⁴⁾ Wieso er gleichzeitig staatliche Rechte und als Vertreter der Pfandbriefgläubiger deren Rechte wahrnehmen solle, sagt uns Gumpert nicht. Die hoheitlichen Rechte des Staates am Treugut gingen nach Gumperts Ansicht nicht auf den Treuhänder über, sondern dieser wurde nur zur Ausübung dieser Rechte ermächtigt. Die Befugnisse des Staates blieben neben denen des Treuhänders bestehen. Alle Geschäfte, welche der Treuhänder vornehmen könne, könnten auch vom Treugeber, d.h. dem Staat, vorgenommen werden ⁵⁾. Daß der Treuhänder für ihn Träger eines öffentlichen Amtes und Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist, ist nur konsequent, wie überhaupt die Argumentation Gumperts geschlossener als die Michaels ist. Gumpert sieht den öffentlichen Treuhänder vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Entwicklung in der "DDR". Privateigentum und Gemeineigentum stünden dort nebeneinander. Er meint, für das Institut der öffentlichen Treuhand sei in einer uneingeschränkten, von keinerlei sozialen Gedanken beeinflussten Privatwirtschaft und auch in einer rein sozialistischen Wirtschaftsordnung kein Raum. "Nur in einer Zwischenform, wie sie unsere derzeitige wirtschaftliche Ordnung darstellt, kann die Öffentliche Treuhand die rechtliche Voraussetzung für ihre Anwendung finden." ⁶⁾ Die öffentliche Treuhand wäre demnach eine Station auf dem Wege der Überführung von Privateigentum in Gemeineigentum.

1) Rechtswirkungen der Öffentlichen Treuhand unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungspraxis in der Ostzone bis zur Gründung der DDR, 1950.

2) a. a. O., S. 17.

3) a. a. O., S. 18.

4) a. a. O., S. 19.

5) a. a. O., S. 41/42.

6) a. a. O., S. 97.

Unser System der Privatwirtschaft ist voll von sozialen Bindungen, soziale Gedanken gehören zum sozialen Rechtsstaat, waren aber auch dem liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts nicht völlig fremd. Treuhandschaften kann es in jeder Entwicklungsstufe und Rechtsordnung geben. Die ideologisch ausgerichtete Öffentliche Treuhand Gumperts, die eine konsequente Weiterentwicklung des Michael'schen Ansatzes ist, wird aber der Entwicklung, Aufgabe und gesetzlichen Gestaltung weder eines Treuhänders nach dem HypBG, dem VAG oder dem Schiffsbankgesetz, noch den weit älteren Fällen gesetzlicher "Treuhandschaften" wie Konkursverwalter, Vergleichsverwalter, Testamentsvollstrecker usw. gerecht. Daß der Gesetzgeber im Jahre 1899 einen öffentlichen Treuhänder im Sinne Michaels und Gumperts hätte schaffen wollen, wäre eine geradezu absurde Annahme. Das hätte Gumpert zumindest die Unhaltbarkeit der Einordnung des Hypothekbank-Treuhänders in seinen neuen Ordnungsbegriff erkennen lassen müssen. Für die vorgenannten altbewährten Einrichtungen ist die "Öffentliche Treuhand" kein brauchbarer neuer Ordnungsbegriff, sondern ein Prokrustesbett.

Wenn Michael glaubte, durch seine Ausführungen ein mißbrauchtes Institut wieder ethisch reaktivieren zu können, so hat er sich getäuscht. In Wirklichkeit hat er eher der redlichen Treuhandschaft einen Bärendienst erwiesen. Sein Definitionsversuch begünstigte nur die Kapitulation vor fragwürdigen politischen Motiven.

Soweit man sich in der westdeutschen Literatur mit der Öffentlichen Treuhand im Sinne Michaels beschäftigte, haben die zum Teil scharf ablehnenden Stimmen von Hepp ¹⁾, Lehnert ²⁾ und Kropp ³⁾ die besseren Argumente für sich. Die zwei kurzen überwiegend positiven Buchbesprechungen von Giese ⁴⁾ und Hausen ⁵⁾ und die Ausführungen von Stordel ⁶⁾ vermögen dagegen nicht zu überzeugen. Die gewiß richtige Feststellung Stordels, bei der Frage nach der Ding-

-
- 1) Rechtsstellung des Treuhänders nach den Treuhändergesetzen der US-Zone, S. 161, der den Begriff Michaels als "unlogisch, zwecklos und daher abzulehnen" bezeichnet.
 - 2) Die Rechtsstellung des Custodians bei der Vermögenskontrolle nach dem Ges. Nr. 52 d. Mil. Reg., Göttinger Diss. 1950, S. 23-26.
 - 3) Rechtsnatur und Rechtsstellung des Treuhänders, insbes. des Vermögensverwalters in der US-Zone, S. 258 f.
 - 4) in: DRZ 1949, S. 238.
 - 5) in: NJW 1949, S. 421.
 - 6) Die dingliche Rechtsstellung des öffentlich bestellten Treuhänders, Nürnberger Diss. 1956.

lichkeit der Rechtsstellung öffentlicher Treuhänder wie bei der Bildung des Begriffs der Öffentlichen Treuhand überhaupt müsse vom Gesetz ausgegangen werden ¹⁾, war eben nicht das Leitmotiv Michaels. Auch Stordel blieb seiner Erkenntnis nicht treu. Wenn Stordel ²⁾ auch die als Kommissare erkannten sogenannten Treuhänder in den Begriff der Öffentlichen Treuhand einbeziehen will, ist das eine Kapitulation vor politischen Verschleierungsversuchen. Sein Fazit, die Rechtsstellung des Öffentlichen Treuhänders könne als eine einheitliche nicht begriffen werden ³⁾, beweist aber auch, daß es den Öffentlichen Treuhänder i. S. Michaels als einen einheitlichen Begriff nicht gibt. Die Behauptung Gieses ⁴⁾, wonach ein Hauptkennzeichen der Öffentlichen Treuhand die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in Form des Verwaltungsaktes sei, entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage. Standardlehrbücher des Verwaltungsrechts, wie die von Forsthoff und H. J. Wolff gehen auf die Öffentliche Treuhand im Sinne Michaels nicht ein.

Mit der Ablehnung der Öffentlichen Treuhand im Sinne Michaels ist nun aber nicht gesagt, daß dem Verwaltungsrecht Treuhandverhältnisse überhaupt fremd seien. H. J. Wolff ⁵⁾ z. B. weist bezugnehmend auf ein Urteil des BGH ⁶⁾ darauf hin, daß, wenn eine Aufsichtsbehörde gesetzlich berechtigt ist, einen Träger öffentlicher Verwaltung aufzulösen, sie statt dessen auch einen anderen Träger öffentlicher Verwaltung als Treuhänder bestellen könne, und nennt dies öffentlich-rechtliche Treuhandschaft.

In dem vom BGH behandelten Fall war das Vermögen einer aufgelösten mitteldeutschen Landesversicherungsanstalt treuhänderisch auf eine andere Landesversicherungsanstalt übertragen worden.

Es besteht aber nun ein grundlegender Unterschied, ob eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt als Treuhänder für eine andere etwa weggefallene oder handlungsunfähig gewordene öffentliche Körperschaft oder Anstalt bestellt wird, oder ob eine Privatperson durch behördliche Bestellung eines Treuhänders in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt wird. Gemeinsam ist beiden Fällen nur, daß beide Treuhandschaften durch staatlichen Hoheitsakt entstehen oder jedenfalls der gesetzlich vorgesehene Treuhänder von der Behörde ernannt wird. Damit wird aber keineswegs die Rechtsnatur des Bestellten zwingend geprägt und dem öffentlichen Recht eingefügt. Ein gerichtlich bestellter Vormund,

1) a. a. O., S. 3, 23.

2) a. a. O., S. 20.

3) a. a. O., S. 106.

4) a. a. O., S. 238.

5) Verwaltungsrecht I, § 35 V.

6) BGHZ 20, 211 f.

Pfleger, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw. wird nicht etwa durch die Form seiner Bestellung ein hoheitlich tätiges Organ des Gerichtes. Der durch den Erblasser selbst nach § 2197 BGB ernannte Testamentsvollstrecker ist nicht anders zu beurteilen als der nach § 2200 BGB vom Nachlaßgericht ernannte Testamentsvollstrecker.

An eine öffentliche Treuhandschaft konnte man denken, soweit früher der Staatskommissar gem. § 51 HypBG a.F. mit den Obliegenheiten des Treuhänders betraut war. In diesem Falle wurden die Treuhänderaufgaben vom Träger eines Staatsamtes wahrgenommen. Dessen Verhältnis zu Aufsichtsbehörde, Bank und Pfandbriefgläubiger war aber ein anderes als die des Treuhänders ¹⁾. Die §§ 29, 33, 34 und 36 HypBG a.F. waren für den Staatskommissar nicht anwendbar. Er handelte auch insoweit als Staatskommissar, als er Treuhänderaufgaben wahrnahm. Es bestand nicht etwa eine Personalunion zwischen Staatskommissar und Treuhänder, vielmehr gab es in diesem Falle nur einen Staatskommissar mit erweitertem Aufgabenkreis. Dieser Staatskommissar übte funktionell auch eine Treuhänderschaft aus, ohne aber dadurch zum Treuhänder zu werden.

Als Ergebnis werden wir festhalten können:

Der Begriff der "Öffentlichen Treuhand" i. S. von Michael ist viel zu weit und unscharf und seine Ableitung von konkreten Gesetzesbegriffen unzulänglich. Er kann keinen Anspruch erheben, ein geltendes Rechtsinstitut oder brauchbarer wissenschaftlicher Ordnungsbegriff zu sein. Eine öffentlich-rechtliche Treuhandschaft wird nur dann anzunehmen sein, wenn der Treuhänder juristische Person des öffentlichen Rechts oder Organwalter einer solchen ist und er öffentlich-rechtliche Aufgaben für einen anderen Träger öffentlicher Aufgaben wahrnimmt. Der Treuhänder nach dem HypBG ist jedenfalls kein Treuhänder in diesem Sinne. Faßt man aber den Begriff der "Öffentlichen Treuhand" so, daß er für Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker, Treuhänder nach dem HypBG und VAG usw. paßt, dann stellt er keinen neuen Begriff mehr dar, sondern ist nur ein neuer Name für die Amtstheorie oder eine Variante derselben. Als solche ist die neue Konstruktion zumindest unnötig und wegen der möglichen Begriffsverwirrung bedenklich.

b) Der Public Trustee des englischen Rechts

Da die Einrichtung des Treuhänders im anglo-amerikanischen Rechtskreis eine außerordentlich große Rolle spielt, ist es nicht verwunderlich, daß schon

1) Vgl. Dannenbaum, a. a. O., § 51 Anm. 5.

früh Vergleiche mit dem Trustee angestellt wurden ¹⁾. Neben den gewöhnlichen Trustee trat in England durch die Public Trustee Act vom 21. 12. 1906 ein staatliches Treuhänderamt. Diese Behörde ist eine juristische Person, für die der Staat mit seinen gesamten ordentlichen Einnahmen haftet ²⁾. Einer der fünf Geschäftskreise der Public Trustee betrifft die Verwahrung von Treuhandvermögen (custodian trustee) und ähnelt der Tätigkeit des Treuhänders nach dem HypBG ³⁾.

So interessant das Institut des englischen trustee für die Problematik der deutschen Treuhandenschaft allgemein ist, so ist der Public Trustee trotz gewisser Identität der möglichen Funktion mit dem Treuhänder nach dem HypBG nicht geeignet, für die Rechtsbeziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Treuhänder verwertbare Ergebnisse zu liefern. Die Unterschiede zwischen den beiden Einrichtungen sind zu stark, als daß Rückschlüsse möglich wären. Der Public Trustee wurde geschaffen, weil es in England immer schwieriger wurde, für das verantwortungsvolle Amt des Trustee geeignete Personen zu finden. Der Public Trustee soll Gewähr für untadelige Amtsführung bieten und jedermann als rechtsgeschäftlich einzusetzenden trustee zur Verfügung stehen ⁴⁾. Nun ist der trust schon allgemein wegen der Andersartigkeit des englischen Rechts, welches keine vergleichbare Unterscheidung von Öffentlichem und Privatrecht, Sachenrecht und Schuldrecht kennt ⁵⁾, nur bedingt mit der deutschen Treuhandenschaft vergleichbar. Der trust, ursprünglich als Ersatz für die fehlende Möglichkeit der Testamenterrichtung geschaffen und zur letztwilligen Übertragung insbesondere von Liegenschaften bestimmt ⁶⁾ erfüllt heute ähnliche Aufgaben wie bei uns die Stiftung, Pflegschaft, Konkurs- und Nachlaßverwaltung, der Vertrag zugunsten Dritter, der Rechnungsprüfer usw. ⁷⁾. Der Public Trustee kann, von wenigen Ausnahmen abgesehen ⁸⁾ alle Geschäfte führen, die ein gewöhnlicher trustee übernehmen kann. Er hat, wenn er in Anspruch genommen wird, grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie ein gewöhnlicher trustee, ist aber, worauf wir schon hingewiesen haben, staatliche Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit und Haf-

1) Vgl. Merzbacher, Hyp.BankGes., § 29 Anm. 1, S. 81; Gunz, a. a. O., S. 79 f.

2) Kiep, Das neue staatl. Treuhänderamt in England, in: Schmollers Jahrb. Jahrgg. 32, S. 929 f.

3) Kiep, a. a. O., S. 934.

4) Kiep, a. a. O., S. 930.

5) Vgl. Maitland, Trust und Korporation in: Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- u. Öffentl. Recht, 32. Bd., S. 3 f.; Kiep, a. a. O., S. 931.

6) Maitland, a. a. O., S. 6 f., 14 f.

7) Kiep, a. a. O., S. 932, 937.

8) Näheres s. Kiep, a. a. O., S. 936/37.

tung des Staates. Die Feststellung Kieps¹⁾, der Public Trustee sei eine sozialpolitische Schöpfung und Äußerung des staatlichen Willens, für das Wohl von Schutzbedürftigen zu sorgen, und als solche Betätigung des sozialen Pflichtbewußtseins, kann aber ohne Bedenken auch für unseren Treuhänder nach dem HypBG übernommen werden. Viel mehr gibt der Vergleich für unseren Fragenkreis aber nicht her.

- c) Der öffentlich-rechtlich gebundene Beruf und der Gedanke der Selbstverwaltung im weiteren Sinne

Triepel²⁾ führte den bereits erwähnten Begriff des "staatlich gebundenen Berufes" und des "Halbbeamten" ein. Beide Bezeichnungen sind nicht gerade glücklich gewählt. Gerber³⁾ wies auf die mögliche mißverständliche Deutung der Bezeichnung "staatlich gebundener Beruf" hin, da sie u. a. gerade die Gegenüberstellung zum Staatsdienst nicht genügend ersichtlich werden lasse. Die Bezeichnung "öffentlich-rechtlich gebundener Beruf" sei vorzuziehen, da sie erkennen lasse, daß eine institutionelle Einordnung in den Amtszusammenhang nicht vorliege. Rittner⁴⁾ gefallen beide Bezeichnungen nicht, weil sie nicht an der primären Eigenart des freien Berufes, sondern an einer sekundären Folgeerscheinung, d. h. der besonderen öffentlich-rechtlichen Bindung anknüpfen. Das ist richtig, doch können wir für unseren Zweck die Bezeichnung "öffentlich-rechtlich gebundener Beruf" verwenden, weil der hinter diesem Terminus stehende Begriff im wesentlichen klar ist - er umfaßt insbesondere Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer usw.⁵⁾ - und uns die Bezeichnung "freier Beruf" für unseren Gegenstand zu weit erscheint. Man wird nämlich z. B. freischaffende Künstler zwar zu den "freien Berufen", nicht aber zu den "öffentlich-rechtlich gebundenen Berufen" rechnen müssen. Zwar üben auch die letzteren einen

1) a. a. O., S. 939.

2) Staatsdienst und staatl. gebundener Beruf, Festschrift für Binding, Bd. 2, S. 1 f.

3) In Freiheit gebundene Berufe, S. 3.

4) Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat, Heft 261/262, S. 20, Anm. 54.

5) Die Meinung Rinck, Wirtschaftsrecht, 1963, Rdn. 240 ff., insbes. 247, wonach der Kassenarzt und der Apotheker keine staatlich gebundenen Berufe, sondern freie Berufe ausüben, geht fehl. Alle staatlich gebundenen Berufe in diesem Sinne sind freie Berufe, nur eben eine besondere Unterart derselben mit einer spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindung, die beim Kassenarzt und Apotheker, unbeschadet des von Rinck erwähnten Rechtes auf Zulassung, auch besteht.

freien Beruf aus, aber sie dürften doch wohl innerhalb der freien Berufe eine engere Kategorie darstellen, und nur diese engere Kategorie, für welche die spezifische öffentlich-rechtliche Bindung Ausdruck einer besonderen, allerdings schwer mit einem Wort zu fassenden Eigenart darstellt, haben wir vor Augen. Das Bundesverfassungsgericht hat auch bereits mehrfach die Bezeichnungen "staatlich gebundener Beruf" und "freier Beruf mit öffentlich-rechtlichen Auf-lagen" verwendet ¹⁾, der Begriff ist also auch in der Rechtsprechung üblich. Uns interessiert hier auch nur, ob der Treuhänder nach dem HypBG zu den "öf-fentlich-rechtlich gebundenen Berufen" im vorerwähnten Sinne gehört und ob und wieweit daraus Konsequenzen für sein Verhältnis zur Aufsichtsbehörde gezo-gen werden können.

Eine Übereinstimmung stellen wir in folgendem fest:

Diese besonderen Berufe und unser Treuhänder nehmen eine Mittelstellung zwi-schen dem öffentlichen Amtsdienst und den zumindest nicht spezifisch gebun-den gewerblichen Berufen ein ²⁾. Beide stehen sie dem Staatsdienst gegenüber. In beiden Fällen handelt es sich nicht um "Berufe", bei denen das Gewinnstre-ben das Berufsbild bestimmt und ihn zu einem Gewerbe macht. An der Wahr-nehmung der zumindest auch stark fremdnützigen Aufgaben besteht ein öffent-liches Interesse.

Im übrigen stellen wir aber für unseren Treuhänder eine grundlegende An-dersartigkeit fest. Der Treuhänder nach dem HypBG übt keinen Beruf, jeden-falls keinen Hauptberuf, aus. Es handelt sich bei ihm um eine Nebentätigkeit, ähnlich der eines Testamentsvollstreckers, Konkursverwalters usw. Der Treuhän-der kann im Hauptberuf Rechtsanwalt oder Notar sein, ebenso aber auch aktiver oder pensionierter Beamter oder Richter oder irgendein sonstiger Privatmann mit entsprechenden Fähigkeiten. Die Treuhändertätigkeit setzt keinen bestimmten Beruf voraus, wenn auch die meisten Treuhänder der notwendigen juristischen Kenntnisse wegen Volljuristen sind. Die Tätigkeit des Treuhänders wird nicht wie bei den öffentlich-rechtlich gebundenen Berufen in erster Linie von der Per-son geprägt, sondern von dem gesetzlich genau festgelegten Aufgabenkreis. Die Institution steht vor der Person. Unser Treuhänder hat auch keinerlei private Auftraggeber, Klienten, Patienten o. ä., es besteht keinerlei Konkurrenz zwi-schen den einzelnen Treuhändern. Trotz der hohen auch ethischen Verpflich-tung des Treuhänders besteht kein spezifisches Berufsethos, wie etwa beim Arzt oder Rechtsanwalt. Es fehlt die für die öffentlich-rechtlich gebundenen Berufe typische Standesehrengerichtbarkeit ebenso wie eine Pflicht zur wirtschaftlichen

1) Vgl. Urteil v. 11.6.1958, BVerfG E 7, 377 (398); Beschl. v. 5.5.1964, in: NJW 64, 1516 f.

2) Gerber, a. a. O., S. 1.

Selbstfürsorge und eine gesetzliche Gebührenordnung ¹⁾. Schließlich hat auch die Bestellung des Treuhänders nicht, wie bei den öffentlich-rechtlich gebundenen Berufen die Approbation oder öffentliche Bestallung, den Charakter einer Polizeierlaubnis ²⁾.

Der Treuhänder nach dem HypBG paßt also trotz gewisser Gemeinsamkeiten nicht in die Gruppe der öffentlich-rechtlich gebundenen Berufe. Auch Triepel ³⁾ nannte den Treuhänder bei Hypothekenbanken zusammen mit Vormund und Konkursverwalter und zählte ihn zu den Personen mit "nichtamtlichem öffentlichen Auftrag", nicht aber zu seinen "staatlich gebundenen Berufen".

Die von Triepel gewählte Charakterisierung "nicht-staatlicher öffentlicher Auftrag" ist im Zusammenhang verstanden zwar richtig, aber zumindest nicht anschaulich und hat sich verständlicherweise nicht durchgesetzt. Mit der Bezeichnung "nichtamtlich" will er offenbar zum Ausdruck bringen, daß diese Personen kein Staatsamt bekleiden und keine Staatsbeamten sind ⁴⁾. Darin stimmen wir völlig mit Triepel überein. Seine Ablehnung der Bezeichnung "Privatamt" erscheint aber nicht gerechtfertigt. Die Charakterisierung dieser Rechtsstellung als "privates Amt" läßt die Gegenüberstellung zum Staatsamt deutlicher erkennen als das Wort "nichtamtlich". Der Begriff des Amtes auch für derartige private Einrichtungen hat außerdem in vielen Gesetzen Eingang gefunden ⁵⁾, weshalb kein Grund besteht, Amt mit Staatsamt zu identifizieren und den Begriff des privaten Amtes abzulehnen.

Daß der "Auftrag" des Treuhänders kein privatrechtlicher Auftrag im Sinne des BGB, sondern öffentlich-rechtlicher Natur ist, haben wir gleichfalls festgestellt. Die öffentlich-rechtliche Bestellung als öffentlichen Auftrag zu bezeichnen, haben wir aber Bedenken. Das Wort Auftrag läßt im allgemeinen an einen Auftrag gem. § 662 f. BGB denken. Der zivilrechtliche Auftrag ist ein Vertragsverhältnis. Die Formulierung "öffentlicher Auftrag" könnte nun leicht Anlaß zu der Annahme geben, es handle sich bei der Treuhänderbestellung um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, der analog dem zivilrechtlichen Auftrag zu behandeln sei, was, wie wir gesehen haben, nicht der Fall ist. Die Bestellung ist ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, der ein öffentliches Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Aufsichtsbehörde begründet, welches aber trotz einer gewissen Ähnlichkeit mit einem Geschäftsbesorgungsverhältnis nach § 675 BGB von diesem doch so verschieden ist - kein Vertragsverhältnis, keine einseitige Kündi-

1) Gerber, a. a. O., S. 4.

2) Gerber, a. a. O., S. 2.

3) a. a. O., S. 10/11.

4) Triepel, a. a. O., S. 10/11.

5) z. B. §§ 2197, 2201, 2202 BGB, § 114 III ZPO, § 71 III VAG, § 81 II KO.

gung durch den Treuhänder, kein Weisungsrecht der Aufsichtsbehörde -, daß eine generelle Analogie jedenfalls unzulässig ist.

Auch den Satz Triepels "Überall aber gilt auch hier, was vom öffentlichen Amte gesagt wurde; wem der Auftrag zuteil ward, der ist kraft öffentlichen Rechtes gehalten, die mit ihm verbundenen Geschäfte treulich zu besorgen; er ist zu öffentlichem Dienst, zur Arbeit für den Staat verpflichtet." ¹⁾ lesen wir mit gemischten Gefühlen. Der Aussage, der Treuhänder und ähnliche Personen seien "kraft öffentlichen Rechtes gehalten, die mit ihm verbundenen Geschäfte treulich zu besorgen" stimmen wir gern zu, nicht aber der Bemerkung, er sei "zu öffentlichem Dienst, zur Arbeit für den Staat verpflichtet". Treuhänder, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw. sind nicht Arbeiter, Angestellte oder Beamte des Staates, sie stehen nicht im "Öffentlichen Dienst", sie arbeiten nicht - jedenfalls nicht unmittelbar - für den Staat. Die bestehende Verantwortlichkeit dem Staate gegenüber bedeutet nicht, daß sie in seinem Dienste stehen. Der Treuhänder besorgt nicht die Geschäfte des Staates, sein Amt ist nicht ein Kreis von Geschäften des Staates und er kein amtlicher Organwalter. An der Wahrnehmung der fremdnützigen Aufgaben des Treuhänders ist dem Staat im Interesse der schutzbedürftigen und selbst nicht handlungsfähigen Schuldverschreibungsgläubiger und um der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Pfandbriefwesens willen gelegen. Der Treuhänder steht zum Staat in einem öffentlichen Rechtsverhältnis mit wechselseitigen Rechten und Pflichten, welches seinem Entstehen nach auf Verwaltungsakt, seinem Inhalt nach auf dem Gesetz beruht, doch ist dieses Rechtsverhältnis kein Dienstverhältnis im rechtstechnischen Sinn. Wir haben aber keine Bedenken, in Annäherung an Triepel zu sagen, beim Treuhänder handele es sich um eine öffentlich-rechtlich bestellte (beauftragte) Person, die kraft öffentlichen Rechtes gehalten ist, die mit ihrem Amt verbundenen Geschäfte treulich zu besorgen, ohne aber ein Staatsamt innezuhaben. Der Unterschied zur Triepel'schen Definition der "Halbbeamten" ²⁾ besteht darin, daß der Treuhänder einerseits ein - privates - Amt innehat, andererseits aber keinen Beruf "als Treuhänder" ausübt. Die Bindung durch ein - jeweils besonderes - öffentliches Rechtsverhältnis hat der Treuhänder mit den "öffentlich angestellten Gewerbetreibenden" ³⁾ und den öffentlich-rechtlich gebundenen Berufen, den "Halbbeamten" Triepels, gemeinsam.

Wenn wir den Treuhänder nach dem HypBG unter die drei "Versorgungsträger", die nach Rittner ⁴⁾ dem Gesetzgeber zur Befriedigung der Bedürfnisse der

1) Triepel, a. a. O., S. 12.

2) a. a. O., S. 68.

3) Triepel, S. 58, 65.

4) a. a. O., S. 24.

Bürger prinzipiell zur Verfügung stehen - Staat, die Unternehmen und die freien Berufe - einordnen wollen, müssen wir ihn als Zwischenform zwischen Staat und freien Berufen bezeichnen. Er ist kein Organwalter des Staates, sondern eine eigenständige Einrichtung, aber sein Geschäftskreis ist zu einem gesetzlich fixierten, fremdnützigen - wenn auch privaten - Amt institutionalisiert und kein Beruf im üblichen Sinn.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen die Hinweise Triepels auf die geschichtliche Entwicklung der von ihm untersuchten Berufe, die sich mit unseren in Abschnitt I getroffenen Feststellungen im wesentlichen decken, die verschiedenen möglichen Gestaltungsformen und der Gedanke der "Selbstverwaltung" im weiteren Sinne ¹⁾. Sein Hinweis auf die mittelalterliche Wirtschaftsverfassung mit ihrem Zunftzwang, die weitgehenden Reglementierungen im absolutistischen Polizeistaat und die liberalen Tendenzen im 19. Jahrhundert können wir heute ergänzen und im "sozialen Rechtsstaat" eine verhältnismäßige Ausgewogenheit von Bindung und Freiheit, in Ländern mit einer auf der marxistischen Weltanschauung beruhenden zentralen Verwaltungswirtschaft eine omnipotente Staatsverwaltung feststellen. Die herrschende Staatsphilosophie, letztlich beruhend auf dem Selbstverständnis des Menschen, dem Menschenbild, ist entscheidend dafür, welchen Raum der Staat den anderen beiden "Versorgungsträgern" - Unternehmen und freie Berufe einschließlich der Mischformen - zuerkennt. Aber auch in recht unpolitischen, fast nur "technischen" Bereichen stehen einem weltanschaulich relativ neutralen Gesetzgeber unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Der auf Rechtsanwälte, Ärzte, Privatdozenten, Feldmesser usw. bezogene Satz Triepels, "Sie sind befaßt mit Aufgaben, die der Staat an und für sich auch mit den Mitteln seiner eigenen Organisation, mit eigenen Behörden und Beamten erfüllen könnte, und die er zu Zeiten tatsächlich in dieser Weise erfüllt hat und in bestimmtem Umfang auch heute noch so erfüllt" ²⁾, gilt auch für unseren Treuhänder. Die wirtschaftliche Funktion des Treuhänders wurde im Laufe eines Jahrhunderts wahrgenommen durch Kontrollkommissionen, bestehend aus staatlichen Richtern oder privaten Sachverständigen, durch Pfandhalter als Vertreter der Pfandbriefgläubiger, durch Staatskommissare oder durch Treuhänder. Der erstrebte wirtschaftliche Erfolg war im wesentlichen immer der gleiche und läuft auf die Einhaltung der Deckungsbestimmungen und damit die Gewährleistung der "Sicherheit" der Pfandbriefe hinaus. Die juristische Konstruktion dieser Einrichtungen wies aber ebensogroße Unterschiede auf wie das Ausmaß der staatlichen Beteiligung an ihr. Nach Wegfall des Staatskommissars und der Vorschrift des § 51 HypBG ist die unmittelbare Wahrnehmung dieser Funktion

1) Triepel, a. a. O., S. 82 f.

2) Triepel, a. a. O., S. 85.

in jedem Fall aus der Staatsverwaltung ausgeschieden und einer eigenständigen Institution übertragen. Die diese Aufgaben, welche zu einem gesetzlich genau festgelegten privaten Amt institutionalisiert wurden, erfüllende Person wird allerdings vom Staat bestellt und entlassen und in gewissem Umfang beaufsichtigt. Diese Regelung stellt einen Anwendungsfall des Gedankens der Selbstverwaltung im weiteren Sinne, wie ihn auch Trierup verstand, dar. Dem Grundsatz der Subsidiarität folgend hat hier der Staat einer außerstaatlichen Einrichtung die Wahrnehmung von Ordnungsfunktionen übertragen.

C. VERGLEICHE MIT ÄHNLICHEN FÄLLEN GESETZLICHER TREUHANDSCHAFTEN

1. "Nachfolger" des Treuhänders nach dem HypBG

Es gab eine große Zahl von gesetzlich vorgesehenen öffentlich zu bestellenden "Treuhändern". Stordel ¹⁾ zählt deren 27 auf. Die meisten dieser Treuhandschaften dienten kurzen, augenblicklichen politischen Zwecken, hatten mit dem Treuhänder nach dem HypBG nur den Namen und die Form der Bestellung gemeinsam und sind - wie viele der sog. Treuhänder der Jahre vor und nach 1945 - wieder verschwunden, ohne daß man ihr Verschwinden zu beklagen brauchte.

Eine unserem Treuhänder ähnliche, zum Teil fast identische Funktion haben bzw. hatten nur der Treuhänder nach dem Industriebankgesetz vom 31.3.1931 ²⁾, der Treuhänder nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz ³⁾, der Treuhänder nach der Osthilfe-Durchführungsverordnung vom 12.3.1932 ⁴⁾, der Treuhänder nach dem Schiffsbankgesetz vom 14.8.1933 ⁵⁾, und der Treuhänder nach der 2. Verordnung zum Pfandbriefgesetz vom 20.12.1938 ⁶⁾. Alle diese Treuhänder haben oder hatten das Vorhandensein einer Deckungsmasse zu überwachen. Heute noch von praktischer Bedeutung sind davon der Treuhänder nach dem VAG und der Treuhänder nach dem Schiffsbankgesetz. Der Treuhänder nach der 2. DVO zum Pfandbriefgesetz war nicht etwa für alle öffentlich-rechtlichen Pfandbriefanstalten vorgesehen, wie Michael ⁷⁾ anscheinend meint, sondern nur für die sog. Zentralanstalten. Diese, die Preußische Zentralstadtschaft und die Central-Landschaft für die Preußischen Staaten spielen heute als Berliner Altbanken keine nennenswerte Rolle mehr.

a) Der Treuhänder nach dem Schiffsbankgesetz

Der jüngere Treuhänder des Schiffsbankgesetzes ist fast völlig dem Hypothekenbanktreuhänder nachgebildet und in der Literatur regelmäßig in Verbindung mit diesem behandelt worden. Das über den Treuhänder nach dem HypBG

1) a. a. O., S. 4 bis 8.

2) RGBl. I, S. 124, § 8.

3) §§ 70 f. VAG.

4) RGBl. I, S. 130, §§ 21 f.

5) RGBl. I, S. 582, § 28 f.

6) RGBl. I, S. 1904, Art. 3.

7) a. a. O., S. 44.

Gesagte gilt grundsätzlich auch für ihn. Das Fehlen des Weisungsverbotes im neugefaßten § 28 Schiffsbankgesetz macht diesen Treuhänder wegen des auch ohne ausdrückliche Erwähnung geltenden Aufgabenübertragungsverbots - ein belastender Verwaltungsakt bedarf einer gesetzlichen Grundlage - von der Aufsichtsbehörde nicht abhängiger als es auch der Treuhänder nach dem HypBG ist.

b) Der Treuhänder nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz

Unverminderte Bedeutung hat auch der Treuhänder nach dem VAG. Seine Aufgabe, den Deckungsstock des Versicherungsunternehmens zu überwachen, §§ 70 f. VAG, ist der des Treuhänders des HypBG recht ähnlich. Dem Versicherungsunternehmen ist durch § 72 VAG eine Verfügungsbeschränkung zugunsten des Treuhänders auferlegt, die auch im Grundbuch eintragungsfähig und damit weitgehender als die nach §§ 30, 31 HypBG ist. § 72 Abs. 2 VAG verweist ausdrücklich auf § 31 Abs. 2, 3 HypBG.

Ein jedenfalls formalrechtlich erheblicher Unterschied besteht hinsichtlich der Bestellung des Treuhänders. Nach § 71 VAG wird der dortige Treuhänder regelmäßig durch den Aufsichtsrat des Versicherungsunternehmens bestellt und nicht durch die Aufsichtsbehörde. Allerdings hat die Aufsichtsbehörde ein Veto-recht und kann, wenn der Aufsichtsrat keinen genehmen Treuhänderanwärter präsentiert, den Treuhänder selbst ernennen. Nach § 71 Abs. 3 VAG kann sie auch die Abberufung des Treuhänders verlangen. In dieser Bestimmung ist auch ausdrücklich von der Verwaltung des "Amtes" des Treuhänders die Rede. § 75 VAG überträgt der Aufsichtsbehörde ein Streitentscheidungsrecht entsprechend dem § 33 HypBG.

Obwohl der Treuhänder des VAG nur in Ausnahmefällen von der Aufsichtsbehörde bestellt wird, hat diese doch entscheidenden Einfluß auf seine Person. Das Versicherungsunternehmen hat zwar nicht nur ein Anhörungsrecht, wie es der Hypothekenbank nach § 29 Abs. 2 HypBG zusteht, sondern kann, wenn die Aufsichtsbehörde gegen den in Aussicht genommenen Treuhänder keine Bedenken äußert, diesen selbst bestellen; das letzte und entscheidende Wort hat aber die Aufsichtsbehörde. Gegen den Willen der Aufsichtsbehörde wird oder bleibt niemand Treuhänder, das gilt für das HypBG wie das VAG. Der Treuhänder nach dem VAG wird aber regelmäßig privatrechtlich vom Versicherungsunternehmen und nicht durch einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde bestellt. Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen hat Richtlinien erlassen ¹⁾, aus denen ersichtlich ist, unter welchen Voraussetzungen jemand zum Treuhänder bestellt werden kann, wobei jedoch in jedem

1) Auszugsweise abgedruckt bei Prölss, VAG, 4. Aufl. 1963, § 71 Anm. 1.

Einzelfall die Stellungnahme der Aufsichtsbehörde vor der Bestellung einzuholen ist, die Bestellung also der Zustimmung der Aufsichtsbehörde bedarf.

Nach diesen Richtlinien können nur außerhalb des Versicherungsunternehmens stehende und von diesem unabhängige natürliche Personen zu Treuhändern bestellt werden. Als Treuhänder kommen nicht in Betracht Angehörige einer Mitgliedervertretung, Aufsichtsratsmitglieder, Vorstandsmitglieder, Angestellte des Versicherungs- oder Konzernunternehmens und Rechtsanwälte, Notare und Versicherungsmathematiker, welche in erheblichem Umfang für das Versicherungsunternehmen tätig sind.

Der Treuhänder und sein Stellvertreter müssen grundsätzlich am Sitz des Unternehmens oder in dessen Nähe wohnen. Diese Voraussetzungen stimmen mit den für den Hypothekenbanktreuhänder festgestellten weitestgehend überein.

In dem, was der Treuhänder nach dem VAG nicht ist, nämlich weder Stellvertreter der Versicherten noch Organ (Beamter) der Aufsichtsbehörde oder selbständige Behörde, besteht Übereinstimmung¹⁾. Diese Feststellungen haben wir für den Hypothekenbanktreuhänder auch getroffen. Bei der positiven Bestimmung der Rechtsstellung des Treuhänders nach dem VAG besteht keine so weitgehende Übereinstimmung wie beim Hypothekenbanktreuhänder, was wegen der andersartigen Form der Bestellung auch nicht verwunderlich ist.

Der Bundesfinanzhof hält ihn umsatzsteuerrechtlich für einen selbständigen Unternehmer²⁾. Als Zweck- oder Amtsperson *sui generis* wird er bezeichnet von Koch³⁾, Ehrlichmann⁴⁾ und von der Thüsen⁵⁾. Prölss⁶⁾ hält die Schlußfolgerung dieser Autoren, der Treuhänder sei eine "Person eigenen Rechtes", "eine Rechtsperson eigener Art", "kraft seiner Stellung durch Verwaltungsakt Subjekt eigener im Gesetz bestimmter schuldrechtlicher Berechtigungen in fremdem Interesse", für allzu farblos. Nun sind diese Bezeichnungen schon deswegen farblos, weil sie aus dem Rahmen gerissen sind. Es ist aber Prölss zuzugeben, daß jede allgemeine Definition der gesetzlichen Treuhänder im rechtstechnischen Sinne oder der Inhaber privater Ämter farblos wirkt. Das ist aber bei vielen wissenschaftlichen Ordnungsbegriffen der Fall und spricht nicht gegen diese. Wenn man mehr als nur den etwas "blutleeren", weil bloß formalen Ordnungsbegriff will,

1) Vgl. Prölss, a. a. O., § 71 Anm. 3; Ehrlichmann, Rechtsstellung des Treuhänders nach VAG, S. 21 f.; Koch, Treuhänder nach dem VAG, S. 34 f.;

Schmitz, Hanseat. Rechts Ztschr., 1936 A, S. 23 f.

2) Vgl. oben II. C. 2 c.

3) a. a. O., S. 40 f.

4) a. a. O., S. 26 f.

5) a. a. O., S. 231.

6) a. a. O., § 71 Anm. 3.

muß man immer auf den konkreten Gesetzesbegriff zurückgreifen. Die Richtigkeit der Zuordnung des Treuhänders nach dem VAG zu der umfassenden Gruppe der Amtstreuhänder, Zweckpersonen oder Inhaber eines privaten Amtes wird aber davon nicht berührt. Weil die Verfügungsmacht über fremdes Vermögen nicht zum allgemeinen Begriff des Treuhänders oder der Amtsperson gehört, können sehr wohl Konkurs- und Zwangsverwalter ebenso wie die Treuhänder nach dem HypBG und dem VAG verglichen und unter denselben Sammelbegriff subsumiert werden, wobei sich dann nur die Bildung von Untergruppen - hie Verwaltungs-(Verfügungs-)Treuhänder, dort "bloße" Überwachungstreuhänder - anbietet.

Die vertragliche Bestellung des Treuhänders nach dem VAG ist mit der Amtstheorie vereinbar. Der Inhalt des Vertrages und des Amtes ist gesetzlich zwingend festgelegt und unterliegt nicht der Disposition der Beteiligten. Der Erblasser z. B. hat auf den Testamentsvollstrecker mehr Einfluß als das Versicherungsunternehmen auf den Treuhänder und trotzdem wird der Testamentsvollstrecker auch den privaten Amtsinhabern zugerechnet. Die indirekte Frage Prölss ¹⁾ "auf welchem anderen Rechtsverhältnis das Amt des Treuhänders beruhen könne als auf Dienstvertrag", läßt sich leicht beantworten: auf dem Gesetz. Daß der Vertrag nicht das entscheidende, das Amt des Treuhänders konstituierende Element ist, tritt in dem Augenblick klar hervor, in dem der Treuhänder ausnahmsweise einmal auch hier von der Aufsichtsbehörde bestellt wird. Der von der Aufsichtsbehörde bestellte Treuhänder hat genau die gleiche Rechtsstellung, dasselbe "Amt", wie der mit aufsichtsbehördlicher Zustimmung vertraglich bestellte Treuhänder. Ob man ein gesetzlich fixiertes Vertragsverhältnis oder ein gesetzliches Rechtsverhältnis annimmt, ist jedenfalls für unseren Problemkreis nicht entscheidend. Beim Treuhänder nach dem HypBG kommt nur letzteres in Betracht, beim Treuhänder nach dem VAG beides. Nach Ansicht von Prölss ²⁾ unterliegt der Treuhänder nach dem VAG nicht der Aufsicht der staatlichen Aufsichtsbehörde. Er unterschätzt dabei aber die Bedeutung des Rechtes der Aufsichtsbehörde, die Abberufung des Treuhänders verlangen zu können und das Streitentscheidungsrecht.

Die Untersuchung Lobscheids ³⁾ führt leider zu praktisch kaum verwertbaren Ergebnissen. Seine Feststellung, der Treuhänder bekleide kein öffentliches, notwendig aber ein "quasi-öffentliches Amt" ⁴⁾ enthält ebensowenig einen kla-

1) a. a. O., § 71 Anm. 3.

2) a. a. O., S. 495.

3) Der Treuhänder für das Deckungskapital privater Versicherungsunternehmen, 1963.

4) a. a. O., S. 132.

ren juristischen Aussagewert, wie der nebulose Satz "Wenngleich der VAG-Treuhänder kein Organ der Staatsaufsicht und kein mit behördlicher Kompetenz Be-
liehener ist, verleihen ihm Grundsätze hoheitlicher Verwaltung Rechtsstellung
und Rechtswirkung." ¹⁾ Welche Norm verleiht ihm welche Rechtsstellung, möch-
te man wissen! Daß der Treuhänder eine Rechtsstellung hat und Rechtswirkung
erzeugen kann und nicht nur eine juristische Seifenblase ist, wissen wir, ohne
sog. "Grundsätze hoheitlicher Verwaltung" bemühen zu müssen. Das deutsche
Verwaltungsrecht kennt auch keine Institution des "quasi-öffentlichen Amtes".
"Tendenziell öffentliches Interesse" ²⁾, "öffentliche Daseinssicherung" ³⁾ und
"allgemein verwaltungsrechtliche Grundsätze" ⁴⁾ usw. sind zu vage Begriffe,
als daß sich auf ihnen eine präzise juristische Institution aufbauen ließe. Von
der Übertragung einer "legislativen Kompetenz" auf den Treuhänder zu spre-
chen ⁵⁾, erscheint vollends abwegig.

Das Amt des Treuhänders kann nur ein Privatamt oder ein Staatsamt sein,
und der Begriff des Privatamtes paßt für den Treuhänder durchaus. Dieser Begriff
ist ja als ein wissenschaftlicher Ordnungsbegriff auch fortbildungsfähig. Die De-
finition von v. Spreckelsen ⁶⁾ ist keine Norm, an welche wir sklavisch gebun-
den wären. Das Amt einer jeden Gattung von Inhabern privater Ämter hat natür-
lich einen anderen konkreten Inhalt. Daß zum Amt des Treuhänders keine ding-
liche Verfügungsmacht gehört, schließt nicht aus, sein Amt als privates Amt zu
bezeichnen. Neben den privaten Ämtern mit Verfügungsmacht können ja priva-
te Ämter mit bloßen Kontrollrechten bestehen. Lobscheid faßt den Begriff des
privaten Amtsinhabers wie den des Treuhänders zu eng.

Auch das von Lobscheid richtigerweise immer wieder betonte öffentliche
Interesse an der Tätigkeit des Treuhänders, dessen soziale Funktion im Rahmen
einer Daseinsvorsorge im weiteren Sinne, zwingen keinesfalls zur Annahme eines
öffentlichen oder "quasi-öffentlichen Amtes". Diese Merkmale finden wir bei
Vormündern und Pflegern als gesetzlichen Vertretern, bei Konkurs-, Vergleichs-
und Nachlaßverwaltern, Testamentsvollstreckern und sonstigen Inhabern privater
Ämter, bei den öffentlich-rechtlich gebundenen freien Berufen von der Hebam-
me bis zum Arzt und Rechtsanwalt, der nach § 1 BRAO sogar Organ der Rechts-
pflege ist, den Sachverständigen nach § 36 GewO und vielen anderen. Wir fin-
den bei diesen Personen überall eine mindestens ebenso starke Einflußnahme des

1) a. a. O., S. 128.

2) a. a. O., S. 126.

3) a. a. O., S. 128.

4) a. a. O., S. 131.

5) a. a. O., S. 131.

6) a. a. O., S. 95 ff.

Staates auf die Bestellung oder Zulassung wie beim Treuhänder nach dem VAG, und trotzdem besteht keine Notwendigkeit, deren Tätigkeit als "quasi-öffentliches Amt" zu bezeichnen. Der Daseinsvorsorge im weiteren Sinne dient schließlich die Arbeit eines jeden nützlichen Gliedes der menschlichen Gesellschaft und sie besagt daher in dieser Allgemeinheit noch gar nichts. Das Interesse privater Gruppen kann auch durchaus Hand in Hand gehen mit dem öffentlichen Interesse, und die unmittelbare Wahrung der Interessen eines bestimmten Personenkreises, z. B. des der Pfandbriefgläubiger oder der Versicherungsnehmer kann ein Mittel zur Wahrung allgemeiner Interessen sein.

Der Unterschied zwischen dem Treuhänder nach dem HypBG und dem nach dem VAG besteht in folgendem:

Während die Aufgaben des Treuhänders nach dem HypBG im Gesetz abschließend geregelt sind, werden die Aufgaben des Treuhänders nach dem VAG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in § 72 Abs. 1 VAG von der Versicherungsaufsichtsbehörde näher bestimmt. Diese Behörde hat denn auch eingehende Anordnungen über die Aufgaben und Befugnisse des Treuhänders erlassen¹⁾. Obwohl die Versicherungsaufsichtsbehörde den Treuhänder nach dem VAG regelmäßig nicht selbst bestellt, hat sie doch im Ergebnis bei der Auswahl der Person keinen geringeren, auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Treuhänder und Versicherungsunternehmen über § 72 Abs. 1 VAG sogar einen größeren Einfluß als die Bankaufsichtsbehörde hinsichtlich des Treuhänders nach dem HypBG.

2. Althergebrachte "Inhaber privater Ämter"

Bei den sonstigen überkommenen gesetzlichen Treuhändern oder Inhabern privater Ämter - den gesetzlichen Verwaltungs-Treuhändern im Gegensatz zu den Überwachungs-Treuhändern - genügt ein kurzes Eingehen auf ihr Verhältnis zum Staat.

Für Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Vergleichsverwalter, Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker stellen wir übereinstimmend fest, daß die für sie zuständige staatliche Instanz keine Verwaltungsbehörde, sondern ein Gericht ist. Von dieser wohl historisch zu erklärenden andersartigen Zuständigkeitsregelung abgesehen, stellen wir in allen Fällen eine, allerdings unterschiedlich intensive, staatliche Einflußnahme fest, die große Ähnlichkeit mit der auf unseren Treuhänder ausgeübten aufweist. Regelmäßig werden diese Verwalter vom Gericht bestellt²⁾. Der Testamentsvollstrecker kann vom Erblasser durch Testa-

1) Abgedruckt bei Pröls, a. a. O., § 72 Anm. 1.

2) Vgl. § 78 KO, §§ 11, 20 Abs. 1 VerglO, § 150 Abs. 1 ZVG.

ment oder auf entsprechendes Ersuchen vom Nachlaßgericht ernannt werden ¹⁾. Bei ihm beschränkt sich die Einflußnahme des Gerichtes darauf, ihn auf Antrag zu entlassen, sofern ein wichtiger Grund vorliegt ²⁾. Als wichtiger Grund gilt insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Diejenigen Inhaber eines privaten Amtes, welche immer von einem Gericht bestellt werden, wie Konkursverwalter, § 78 KO, Zwangsverwalter, § 150 ZVG und Vergleichsverwalter, § 20 Abs. 1 VerglO, unterliegen in allen Fällen auch einer gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Aufsicht des bestellenden Gerichtes ³⁾. Alle diese Amtsinhaber können auch vom Gericht wieder entlassen werden ⁴⁾. Über die Entlassungsgründe besagt § 153 Abs. 2 ZVG nichts näheres, § 41 VerglO spricht von einem wichtigen Grund. Der Konkursverwalter kann nach § 84 KO bis zu der auf die Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amts wegen, später nur auf Antrag entlassen werden. Das bestellende Gericht hat zum Teil sogar die Möglichkeit, Ordnungsstrafen gegen den Amtsinhaber zu verhängen ⁵⁾ und ihm Weisungen zu erteilen ⁶⁾.

Als Regel, in der wir den Ausdruck eines, einer ähnlichen Problemlage entspringenden allgemeinen Rechtsgedankens werden sehen können, stellen wir fest, daß diese althergebrachten Inhaber privater Ämter oder "gesetzliche Treuhänder" im allgemeinen von einer staatlichen Stelle bestellt und entlassen werden. Das diese Personen bestellende und abberufende Gericht hat auch ein gesetzlich normiertes Aufsichtsrecht. Zu den wichtigen Gründen einer Entlassung zählt insbesondere eine grobe Pflichtverletzung des Amtsinhabers. Bei einer Verletzung der Aufsichtspflicht des Gerichtes kommt ein Amtshaftungsanspruch in Betracht ⁷⁾. Diese Amtsinhaber werden durch ihre öffentlich-rechtliche Bestellung nicht zu öffentlichen Amtsträgern und können selbst ausschließlich in Formen des Privatrechts tätig werden. Ihr Aufgabenkreis unterliegt aber regelmäßig nicht der Parteidisposition.

Wir können unschwer feststellen: Die im II. Abschnitt für das Rechtsverhältnis zwischen dem Treuhänder nach dem HypBG und der Aufsichtsbehörde gemachten Feststellungen liegen ganz im Rahmen der vorgenannten allgemeinen Regeln, welche für die überkommenen privaten Amtsinhaber einen gesetzlichen Ausdruck

1) §§ 2197, 2200 BGB.

2) § 2227 BGB.

3) S. § 83 KO, § 153 Abs. 1 ZVG, § 41 VerglO.

4) § 84 KO, § 153 Abs. 2 ZVG, § 41 VerglO.

5) § 153 Abs. 2 ZVG, § 41 Abs. 2 VerglO, § 84 KO.

6) § 153 Abs. 1 ZVG.

7) Vgl. u. a. RGZ 88, 264 f.; RGZ 154, 291 f.;

RG HRR 1934, Nr. 384.

gefunden haben. Im Wege der Analogie ¹⁾ zu den verwandten und vergleichbare Problemlagen aufweisenden Einrichtungen werden also unsere im Wege der historischen und teleologischen Auslegung der Vorschriften des HypBG gewonnenen Ergebnisse erhärtet und gewisse Gesetzeslücken geschlossen.

1) Über die Zulässigkeit der Schließung von Gesetzeslücken im Wege der Analogie zu vergleichbaren Einrichtungen, vgl. BGHZ 24, 397.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Funktion des Treuhänders

Solange die Pfandbriefe ihren Inhabern noch tatsächlich ein Grundpfandrecht an einem bestimmten Grundstück verbrieften - wie bei den alten preußischen Landschaften - tauchte wegen der Identität von Pfandbrief und Hypothekenbrief das Deckungsproblem, d.h. die Frage der Kongruenz von Pfandbriefumlauf und Hypothekenbestand, gar nicht auf. Erst als die Pfandbriefe um die Mitte des 19. Jahrhunderts unter Beibehaltung des eingeführten Namens in Inhaberschuldverschreibungen ohne Pfandrecht verwandelt wurden, hörte die unmittelbare Beziehung zwischen Pfandbriefgläubiger und Hypothekenschuldner auf. Nunmehr sahen sich der Gesetzgeber und die Pfandbriefinstitute veranlaßt, die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Deckungsvorschriften durch eine besondere Einrichtung gewährleisten zu lassen und den Pfandbriefgläubigern nach Möglichkeit auch ein besonderes Vorrecht an den Deckungshypotheken in Form eines Pfandrechtes oder Konkursvorrechtes zu verschaffen.

Die ersten Einrichtungen dieser Art waren die Kontrollkommissionen bei den preußischen Landschaften und später bei den privaten Hypothekenbanken Pfandhalter und Staatskommissare. Das Hypothekenbankgesetz führte den Treuhänder ein, der nach Wegfall des Staatskommissars und der Übergangsregelung des § 51 HypBG heute bei sämtlichen Hypothekenbanken tätig ist.

Der Treuhänder hat dafür zu sorgen, daß der Schuldverschreibungsumlauf den Deckungsbestand nicht überschreitet, die Vorrechte der Schuldverschreibungsgläubiger am Deckungsbestand nach §§ 34 a und 35 HypBG durch Eintragung in das Hypothekenregister wirksam werden und der Schuldverschreibungsumlauf in einem vorgeschriebenen Verhältnis zum Eigenkapital bleibt.

Durch die Erfüllung dieser gesetzlich festgelegten Aufgaben dient der Treuhänder allen, denen an der "Sicherheit" der Schuldverschreibungen der Hypothekenbanken gelegen ist. In erster Linie sind dies die Schuldverschreibungsgläubiger, in deren Interesse der Treuhänder geschaffen wurde. Mit der Förderung des Vertrauens der Schuldverschreibungsgläubiger schafft der Treuhänder aber auch günstige Voraussetzungen für das Passivgeschäft der Hypothekenbanken. Der Treuhänder nützt daher wirtschaftlich gesehen auch der Hypothekenbank, mag er rechtlich auch ihre Verfügungsmacht beschneiden. Der Treuhänder unterstützt weiterhin auch die Bemühungen des Staates, Mißstände auf dem Pfandbriefmarkt und dessen Folgen für die Volkswirtschaft zu verhindern.

Die Aufgabenkreise von Treuhänder und Aufsichtsbehörde überschneiden sich überhaupt weitgehend. Die Aufsichtsbehörde überwacht die Einhaltung al-

ler Vorschriften des HypBG, der Treuhänder nur einen Teil - allerdings einen sehr wesentlichen - derselben. Die Prüfungsrechte des Treuhänders sind auch solche der Aufsichtsbehörde; der Treuhänder kann aber seine Rechte nicht mit hoheitlichen Mitteln durchsetzen. Die Rechte nach § 30 Abs. 3 und § 31 HypBG stehen nur dem Treuhänder zu. Innerhalb des engeren Zuständigkeitsbereiches des Treuhänders sind dessen Prüfungen lückenlos und nicht nur stichprobenhaft. Aufsichtsbehörde und Treuhänder unterstützen sich tatsächlich gegenseitig. Das Interesse der Aufsichtsbehörde an der Tätigkeit des Treuhänders hat in der neuen Auskunftspflicht nach § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG einen gesetzlichen Ausdruck gefunden. Wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Pfandbriefmarktes und des Realkreditgeschäftes besteht an der der Sicherheit der Pfandbriefe dienenden Tätigkeit des Treuhänders ein öffentliches Interesse.

Für eine solide Hypothekenbank sind die wirtschaftlichen Vorteile der vertrauensfördernden Tätigkeit vor allem des Treuhänders größer als die damit verbundenen rechtlichen Beschränkungen. Das Verhältnis zwischen Treuhänder, Aufsichtsbehörde und Hypothekenbank läßt sich als eine Art Symbiose bezeichnen. Jedem dieser Beteiligten ist an einem gedeihlichen Pfandbriefgeschäft gelegen und jeder trägt auf seine Weise dazu bei. Bei einer gesetzmäßigen Tätigkeit dieser Beteiligten hat jeder auch von der Tätigkeit der anderen seinen Nutzen, wobei als Nutzen des Treuhänders der der Schuldverschreibungsgläubiger, als Nutzen der Aufsichtsbehörde das Gemeinwohl zu verstehen sind.

2. Die Rechtsstellung des Treuhänders

Der Treuhänder wird mit der Bestellung durch die Aufsichtsbehörde nicht zu einem Glied der Staatsverwaltung. Er ist kein Organwalter des Staates - weder in der Form einer selbständigen Behörde oder eines Beamten, Vertreters oder Erfüllungsgehilfen der Aufsichtsbehörde - und auch keine beliehene Person. Der Treuhänder handelt nicht im Namen des Staates. Er ist in dem Sinne von der Aufsichtsbehörde unabhängig, als er nicht Teil der Staatsverwaltung, sondern eine außerhalb des Behördenaufbaues stehende eigenständige Einrichtung ist. Die Konstruktion Michaels einer besonderen "öffentlichen Treuhand" ist unhaltbar und heute auch nicht mehr aktuell.

Der Treuhänder nach dem HypBG ist auch nicht Vertreter der Schuldverschreibungsgläubiger oder der Hypothekenbank. Er ist echter Treuhänder im deutschrechtlichen Sinne und zwar öffentlich bestellter gesetzlicher Treuhänder im Gegensatz zu dem rechtsgeschäftlich bestellten Treuhänder. Er gehört zur Gruppe der Inhaber eines privatrechtlichen Amtes. Innerhalb dieser Kategorie bildet er zusammen mit dem Treuhänder nach dem VAG und dem Treuhänder

des Schiffsbankgesetzes die Untergruppe der gesetzlichen Überwachungs-Treuhänder, welche im Gegensatz zu den Verwaltungs-Treuhändern wie Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker usw. keine Verfügungs- und Verpflichtungsmacht besitzen. Die Bezeichnung als "Zweckperson" stellt im Ergebnis keine Abweichung von der Amtstheorie dar, sondern kennzeichnet nur eine Variante derselben.

Die Tätigkeit des Treuhänders ist objektbezogen. Objekt seiner Tätigkeit ist vor allem der Deckungsbestand für die Pfandbriefe und Kommunalverschreibungen. Da das Handeln des Treuhänders objektbezogen und im Dölle'schen Sinne "neutral" ist, kann es sich nicht nur für die Schuldverschreibungsgläubiger, sondern für alle sich gesetzmäßig verhaltenden Beteiligten, denen an der "Sicherheit" der Schuldverschreibungen gelegen ist, als nützlich erweisen. Interessenvertreter der Schuldverschreibungsgläubiger ist der Treuhänder insofern, als seine auf die Gewährleistung des Deckungsbestandes bezogene Tätigkeit vor allem dem natürlichen Sicherheitsinteresse dieser Gläubiger dient und er ihrerwegen vom Gesetzgeber geschaffen worden ist. Der Treuhänder hat jedoch nicht einseitig alle denkbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger wahrzunehmen, ist also nicht deren Interessenvertreter schlechthin.

Das privatrechtliche "Amt" des Treuhänders beinhaltet objektiv einen gesetzlich festgelegten Zuständigkeitskomplex (Rechtskreis) und subjektiv die Pflicht zur gewissenhaften Ausübung dieser fremdnützigen Rechte. Rechte und Pflichten sind grundsätzlich kongruent.

Der Treuhänder steht in einem gesetzlichen Rechtsverhältnis zur Aufsichtsbehörde und zur Hypothekenbank. Die Rechtsbeziehungen zur Aufsichtsbehörde gehören ausschließlich dem Öffentlichen Recht an, die zur Hypothekenbank ausschließlich dem Privatrecht. Beide Rechtsverhältnisse beruhen auf zwingenden, der Parteidisposition entzogenen Rechtsnormen.

3. Das Rechtsverhältnis zur Aufsichtsbehörde im einzelnen

a) Die Bestellung

Die Bestellung des Treuhänders durch die Aufsichtsbehörde ist ein mitwirkungsbedürftiger, rechtsgestaltender Verwaltungsakt, der sowohl begünstigende wie belastende Wirkung äußert. Die Bestellung bedarf der Zustimmung des Treuhänders.

Das Bestellungs- und Abberufungsrecht wurde der Aufsichtsbehörde übertragen, damit diese dafür sorgen kann, daß der Treuhänderposten stets mit einer

geeigneten Person besetzt ist. Bei der Ausübung dieser Rechte hat die Aufsichtsbehörde neben den Interessen der Allgemeinheit vor allem auch fürsorgerisch die Belange der Schuldverschreibungsgläubiger zu wahren. Das Bestellungsrecht der Aufsichtsbehörde ist auch eine Bestellungspflicht und schließt eine Auswahlpflicht ein.

Zum Treuhänder kann bestellt werden, wer zur Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben willens und geeignet ist. Die Eignung setzt u. a. Zuverlässigkeit und fachliche Fähigkeit voraus. Der Bestellte muß von der Hypothekenbank unabhängig und eine Interessenkollision ausgeschlossen sein. Ein Beamter der Aufsichtsbehörde soll nicht bestellt werden, wohl aber können sonstige Beamte, Richter oder Ruhestandsbeamte Treuhänder sein.

b) Die Abberufung

Wann die Aufsichtsbehörde von ihrem Abberufungsrecht Gebrauch macht, liegt in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Eine willkürliche oder mißbräuchliche Abberufung ist rechtswidrig. Die Abberufung ist rechtmäßig, wenn der Abberufene aus objektiven oder subjektiven Gründen seinen Aufgaben nicht mehr nachkommen kann oder will. Das Abberufungsrecht kann zur Abberufungspflicht werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse so liegen, daß jede andere Entscheidung als die Abberufung nicht mehr dem Zweck des Ermessens entspricht. Das ist dann der Fall, wenn ein Umstand eintritt, der, hätte er schon bei der Bestellung vorgelegen, diese unbedingt ausgeschlossen haben würde. Eine grobe Pflichtverletzung stellt einen Abberufungsgrund dar.

c) Die Rechtsaufsicht über den Treuhänder

Da der Aufsichtsbehörde das Bestellungs- und Abberufungsrecht übertragen wurde, damit sie dafür sorgen kann, daß das Amt des Treuhänders stets von einer geeigneten Person gewissenhaft wahrgenommen wird, das Abberufungsrecht auch eine bedingte Abberufungspflicht darstellt, darf der Aufsichtsbehörde die Geschäftsführung des Treuhänders nicht gleichgültig sein. Das Recht und die Pflicht der Aufsichtsbehörde, einen ungeeignet gewordenen oder seine Pflichten verletzenden Treuhänder abzurufen, hat eine Rechtsaufsicht des Bundesaufsichtsamtes über den Treuhänder zur Folge. Wenn die Aufsichtsbehörde unter gewissen Bedingungen zum Einschreiten gegenüber dem Treuhänder verpflichtet ist, muß sie auch berechtigt und verpflichtet sein, sich gelegentlich zu vergewissern, ob derartige Bedingungen gegeben sind oder nicht.

Die Aufsicht ist aber lediglich eine Rechtsaufsicht, d. h. das Bundesaufsichtsamt hat nur die Gesetzmäßigkeit der Treuhändertätigkeit zu überwachen, schließt also keine Disziplinar- oder Ordnungsstrafgewalt ein. Auf welche Wei-

se der Treuhänder im einzelnen seine Aufgaben wahrnimmt, ist diesem überlassen.

Die Unabhängigkeit des Treuhänders von der Aufsichtsbehörde hat also dort ihre Grenze, wo der Treuhänder vom Gesetz abweicht. Die Aufsichtsbehörde ist - vorbehaltlich einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung - dem Treuhänder wie der Hypothekenbank gegenüber die Hüterin des Gesetzes.

Die Rechtsaufsicht über den Treuhänder und die Hypothekenbank findet auch in dem Streitentscheidungsrecht der Aufsichtsbehörde nach § 33 HypBG ihren Ausdruck. Da das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen kein Gericht ist, läßt sich diese "Schiedsrichter-Stellung" heute rechtlich nur noch als Entscheidungsrecht der gemeinsamen Aufsichtsbehörde halten, ist aber als solches auch konsequent und sinnvoll. Die Aufsichtsbehörde kann aber auch ohne Antrag von Amts wegen auf die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften hinwirken.

Bevor die Aufsichtsbehörde einen vom Gesetz abweichenden Treuhänder abberuft, muß sie ihn regelmäßig nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit des Mittels und des rechtlichen Gehörs erst einmal darauf hinweisen, welche Verfahrensweise dem Gesetz entspricht. Erfüllt dieser Hinweis seinen Zweck, bedarf es nicht der Abberufung als dem einschneidenderen Mittel zur Herstellung eines gesetzmäßigen Zustandes. Eine grobe Pflichtverletzung kann die sofortige Abberufung erforderlich machen.

d) Auskunftspflicht und Weisungsverbot

Die neue Auskunftspflicht des Treuhänders nach § 29 Abs. 3 Satz 1 HypBG folgt der Tendenz des KWG, dem Bundesaufsichtsamt die Feststellungen anderer Stellen zugänglich zu machen und damit doppelte Verwaltungsarbeit auf beiden Seiten zu vermeiden.

Wegen der weitgehenden Überschneidung der Aufgabenkreise von Treuhänder und Aufsichtsbehörde und da der Treuhänder ständig die Einhaltung der wichtigen Deckungsvorschriften kontrolliert, kann es für die Aufsichtsbehörde von Interesse sein, die systematischen und lückenlosen Prüfungen des Treuhänders für sich verwerten zu können. Die Auskunftspflicht bezieht sich aber nur auf Wahrnehmungen, die der Treuhänder im Rahmen seiner gesetzlichen Tätigkeit macht. Der Treuhänder kann daher über die Auskunftspflicht nicht zu Prüfungen veranlaßt werden, welche ihm nicht schon nach dem Gesetz als eigene Prüfungsaufgaben obliegen. Seine Rechte und Pflichten der Bank gegenüber werden durch die Auskunftspflicht nicht berührt. Ein Informationsrecht wurde dem Treuhänder schon bisher zugestanden.

Daß sich mit der Auskunftspflicht an der Eigenständigkeit des Treuhänders und seinem gesetzlich festgelegten primären Aufgabenkreis nichts geändert hat,

wurde durch das Weisungsverbot des § 29 Abs. 3 Satz 2 HypBG hervorgehoben. Dieses Weisungsverbot ist im wesentlichen ein Aufgabenübertragungsverbot. Durch dieses Aufgabenübertragungsverbot und die Tatsache, daß der Treuhänder eigene Aufgaben und nicht solche der Aufsichtsbehörde wahrnimmt, unterscheidet er sich von den Hilfsorganen der Aufsichtsbehörde nach § 8 Abs. 1 KWG.

e) Haftungs- und Rechtsschutzfragen

Da der Treuhänder kein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist, kommt eine unmittelbare Amtshaftung des Staates bei Pflichtverletzungen des Treuhänders nicht in Betracht. Der Treuhänder haftet den Schuldverschreibungsgläubigern nach § 823 Abs. 2 BGB, denn die Vorschriften des HypBG sind Schutzgesetze i. S. von § 823 Abs. 2 BGB. Ein Amtshaftungsanspruch der Schuldverschreibungsgläubiger nach § 839 BGB, Art. 34 GG kann entstehen, wenn die Aufsichtsbehörde ihre Auswahl- und Aufsichtspflicht dem Treuhänder gegenüber verletzt und deswegen eine Pflichtverletzung des Treuhänders zu einem Vermögensschaden der Schuldverschreibungsgläubiger führt. Das bedeutet im Ergebnis eine mittelbare Staatshaftung für den Treuhänder, allerdings nur gegenüber den Schuldverschreibungsgläubigern.

Der Treuhänder hat die Möglichkeit, wegen aller Verwaltungsakte der Aufsichtsbehörde einschließlich der Entscheidungen nach § 33 HypBG, durch welche in seine Rechte eingegriffen wird, den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten. Jeder Anfechtungsklage muß ein Widerspruchsverfahren vorausgehen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Achterberg, Erich Hundert Jahre Deutsche Hypothekenbank,
Bremen 1962
- Artzt, Werner Einige Fragen zur Stellung des durch Organe der
Staatsverwaltung eingesetzten Treuhänders in pri-
vaten gewerblichen Unternehmen,
in: Neue Justiz, 1952, S. 22 f.
- Bachof, Otto Freiheit des Berufs,
in: Die Grundrechte, Bettermann-Nipperdey-
Scheuner, 3. Bd., 1. Halb-Bd., Berlin 1958
- Barlet, Kurt Bedürfnisprüfung für Hypothekenbanken,
in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen,
1958, S. 909/910.
- Barlet, Kurt Das Recht der Hypothekenbanken,
Flensburg, 1954
- Barlet-Karding-Fleischmann Hypothekbankgesetz,
2. Aufl., München und Berlin 1964
- Barlet, Kurt Hypothekbankgesetz,
in: Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank-
und Börsenwesen, 2. Aufl., 1. Bd., Frankfurt/M.
1957
- Bauer, Helmut Die allgemeine Staatsaufsicht über die Banken in
Deutschland, Freiburger Diss. 1953
- Beyerle, Franz Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privat-
rechts, Weimar 1932.
- Biber, Wilhelm Hypothekbank-Novelle mit Schönheitsfehlern,
in: Der Volkswirt, 1962, S. 2440 f.
- Bonschab, Friedrich Hypothekbankgesetz vom 13. Juli 1899,
München 1900.
- Bovensiepen, Rudolf Treuhandgeschäfte, Treuhänder und Treuhandge-
sellschaften, in: Handwörterbuch der Rechtswissen-
schaft, 6. Bd., Berlin und Leipzig 1929

- v. Brünneck, Wilhelm Die Pfandbriefsysteme der preußischen Landschaften, Berlin 1910
- Brundert, Willi Grundzüge des neuen Wirtschaftsrechts, Leipzig 1949
- Budde, Justus Beiträge zum Reichshypothekendarlehensgesetz, 1. Heft, Berlin 1905; 2. Heft: Die Aufsicht über die Hypothekendarlehenbanken, Berlin 1906
- Budde, Justus Besprechung von Lothar Schulze: Die Staatsaufsicht über das deutsche Hypothekendarlehenwesen, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Goldschmidts) 73. Bd., S. 552 f.
- Bühning Denkschrift an Friedrich d. Gr., abgedr. in: Der Deutsche Oekonomist, 1894 Nr. 598 vom 3. Juni 1894, Zweite Beilage, S. 325 f.
- Bürckner, Hermann Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Leipzig 1930, Heft 47
- Bullinger, Martin Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962
- Bullinger, Martin Staatsaufsicht in der Wirtschaft, Bericht auf der Staatsrechtslehrertagung 1963, Leitsätze in DÖV 1963, 872 f.
- Dannenbaum, Fritz Deutsche Hypothekendarlehenbanken, 2. Aufl., Berlin 1928
- Dannenbaum, Fritz Öffentlich-rechtliche Kreditanstalten, Berlin 1930
- Degen, Heinrich Die Strafbestimmungen des Hypothekendarlehenbankgesetzes vom 13. 7. 1899, Dissertation Erlangen 1913
- Dernburg, Heinrich Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 1. Bd., 2. Aufl., Halle 1902
- v. Dietze, C. Landwirtschaftliches Kreditwesen, in: Wörterbuch der Volkswirtschaft, 2. Bd., S. 780 f.
- Dölle, Hans Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Fritz Schulz, II. Bd., S. 268 f.

- Dölle-Zweigert Gesetz Nr. 52 über Sperre und Beaufsichtigung
v. Vermögen, Stuttgart 1947
- Dove, Heinrich Der Hypothekenbank-Gesetzentwurf, in:
Volkswirtschaftliche Zeitfragen, Jahrg. XX,
Heft 160, Berlin 1899
- Drechsler, August Wilhelm Die Sicherung der Pfandbriefgläubiger. Entwicklung
und Dogmatik. Dissertation Nürnberg 1958
- Eber, Karl Staat und Realkredit in Deutschland.
I. Die staatliche Versicherungs- und Hypotheken-
bankaufsicht.
II. Die Notwendigkeit einer Reichsbehörde für
Immobiliarkreditwesen.
Berlin 1918
- Ehrlich, Paul Die wirtschaftliche Bedeutung des Hypothekenbank-
gesetzes vom 13. Juli 1899, Tübinger Dissertation
1908
- Ehrlichmann, Horst Die Rechtsstellung des Treuhänders nach dem
Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Ver-
sicherungsunternehmen und Bausparkassen,
Würzburg 1933
- Engler, Walter Der "custodian" i. S. des MRG Nr. 52 in der briti-
schen Zone, in: DRZ 1947, S. 252 f.
- Enneccerus-Kipp-Coing Lehrbuch des Erbrechts,
11. Bearbeitung, Tübingen 1960
- Eyermann - Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl.,
München und Berlin 1962
- Fischer, Otto Christian Das Reichsgesetz über das Kreditwesen,
Berlin und Leipzig 1935
- Fischbach, Oskar Treuhänder und Treuhandgeschäfte,
Mannheim und Leipzig 1912
- Fischer-Henle Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, neu heraus-
gegeben von Dr. Heinrich Titze, 14. Aufl.,
München 1932

- Fleischmann, Rudolf Warum Bedürfnisprüfung bei Hypothekenbanken?
in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1959,
S. 520 f.
- Fleischmann, Rudolf Erläuterungen zum Hypothekenbankgesetz,
in: Das Deutsche Bundesrecht, III H/11, S. 15 f.
- Fleischmann, Rudolf Die Fünfte Novelle zum Hypothekenbankgesetz,
in: Sparkasse, 1963, S. 35 f.
- Fleminger, J. Die Sicherung des Besitzes von Hypotheken-
Pfandbriefen nach dem Reichshypothekenbanken-
gesetz, Berlin 1905
- Flume, Werner Die Rechtsstellung der Treuhänder nach Gesetz
Nr. 27, in: Der Betrieb, 1952, S. 52 f.
- Fränken, Carl Der Staat und die Hypothekenbanken in Preußen,
Leipzig 1904
- Franz, Robert Die Landschaftlichen Kreditinstitute in Preußen,
Berlin 1902
- Friedmann, Alfred Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des
Treuhänderverhältnisses?, Gutachten für den
36. DJT, Bd. 1 (Gutachten), S. 805 f.
- Fuld Pfandhalter und Treuhänder, in: Das Recht,
5. Jahrgang 1901, S. 198/99
- Gassmann, Karl Die deutschen Hypothekenbanken und ihre Beauf-
sichtigung durch Staat und Treuhänder,
Borna-Leipzig 1905
- Gerber, Hans In Freiheit gebundene Berufe, Sonderdruck, 1955
- Gierke, Otto Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1. Bd.
Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft,
Berlin 1868
- Gierke, Otto Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Leipzig 1905
- Giese, Friedrich Besprechung von Michaels Öffentliche Treuhand
in: Deutsche Rechts-Zeitschrift 1949, S. 238
- Gygi, Fritz Verwaltungsrecht und Privatrecht, in: Abhandlun-
gen zum schweiz. Recht, Neue Folge, Heft 317,
Bern 1956

- Göhrig, Albert Die Rechtsstellung des Verwaltungstreuhänders nach den neueren Gesetzen. Heidelberger Dissertation 1942
- Göppert-Seydel-Friedländer Hypothekendarstellung vom 13. Juli 1899, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1929.
- Goldschmidt Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Bericht für den 36. DJT, in: Verh. d. 36. DJT, 2. Bd., S. 12 f.
- Goldschmidt, Julian Deutsche Hypothekenbanken, Kritik und Reformvorschläge, Jena 1880
- Golodetz, Michael Staatsaufsicht über die Hypothekenbanken, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (Schmollers Jahrbuch), 29. Jahrgang 1905, 3. Heft, S. 181 f., 4. Heft, S. 199 f.
- Gumpert, Jobst Rechtswirkungen der öffentlichen Treuhand unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungspraxis in der Ostzone bis zur Gründung der DDR. Dissertation Halle 1950
- Gunz, Hugo Die rechtliche Natur des Treuhänders im Hypothekendarstellung, Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Heft XIX, Berlin 1903
- Haemmerle, Hermann Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? Gutachten für den 36. DJT, 1931, Verh. d. 26. DJT, Bd. 1, S. 632 f.
- Hamann, Andreas Grundgesetz, 2. Aufl. 1961
- Haueisen Unterschied in der Bindungswirkung vom Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichem Vertrag, gerichtlichem Vergleich und Urteil. NJW 1963, S. 1329 f.
- Hausen, Horst Buchbesprechung über Michael, Öffentliche Treuhand, NJW 1949, S. 421
- Hecht, Felix Die Organisation des Bodenkredits in Deutschland I. Abt.: Die staatlichen und provinziellen Bodenkreditinstitute.

1. Bd.: Entwicklungsgeschichte und Statistik, Leipzig 1891
 2. Bd.: Organische Satzungen, Leipzig 1891
 - II. Abt.: Die Deutschen Hypothekenbanken
 1. Bd.: Die Statistik der deutschen Hypothekenbanken, Leipzig 1903
 - III. Abt.: Die Landschaften und landschaftsähnlichen Kreditinstitute in Deutschland.
 1. Bd.: Die Statistik, Leipzig 1908
- Hecht, Felix Das Hypothekenbankrecht, in:
Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, 1. Bd.
Leipzig und Berlin 1904
- Hecht, Felix Das Reichshypothekenbankgesetz, in:
(Holdheims) Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, VII. Jahrgang, S. 174 f., S. 251 f.
- Hecht, Felix Gutachten für den 24. DJT, Verh. d. 24. DJT, 3. Bd., S. 211;
Ist die reichsgesetzliche Regelung des Hypothekenbankwesens und der gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen zu empfehlen?
- Hein, Johannes Grundriß des Treuhandrechts.
Berlin 1929
- Heck, Philipp Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz,
Tübingen 1932
- Henrichs, Wilhelm "Amt" in: Staatslexikon, 6. Aufl., 1957, S. 306
- Hepp, Camille Zur Rechtsstellung des Treuhänders nach den Treuhändergesetzen der US-Zone,
Tübinger Dissertation 1950
- Hillig Hypothekenbankgesetz,
Leipziger Juristische Handbibliothek, Bd. 106,
Leipzig 1900
- Hintner, Otto Das Treuhandwesen in der deutschen Volkswirtschaft, München, Berlin, Leipzig 1926

- Hintner, Otto Kreditsicherung durch den Treuhänder,
Bühl/Baden 1934
- Hofmann, Max Hypothekenbankgesetz,
Berlin und Frankfurt/M. 1964
- Honold, Eduard Die Bankenaufsicht,
Mannheimer Dissertation 1956
- Hoormann, Hugo Hypothekenbanken, in: Handwörterbuch der
Rechtswissenschaft, Bd. III
Berlin und Leipzig 1928
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1. u. 2. Bd.,
1953
- Jacobi, Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
- Jäger, Ernst Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1932
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht,
3. Aufl., Offenburg 1948
- Kärcher, Fritz Hypothekenbanken, in: Staatslexikon, 4. Bd.,
Freiburg 1959
- Kayser-Leiß Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt,
2. Aufl. München und Berlin 1958
- Kalveram Die Deutschen Hypothekenbanken, Deutscher
Bodenkredit, III. Bd., Berlin 1937
- Kiep, O. C. Das neue staatliche Treuhänderamt in England,
in: (Schmollers) Jahrbuch für Gesetzgebung, Ver-
waltung und Volkswirtschaft, Jahrgang 32, S. 929,
Leipzig 1908
- v. Klass, Gert Im Spannungsfeld der Zeit,
100 Jahre Frankfurter Hypothekenbank, 1962
- Klingler, Hans Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl.,
Göttingen 1964
- Knacke, Ernst Probleme des deutschen Hypothekenbankwesens,
Mannheimer Dissertation 1932

- Knacke, Ernst Der Staatskommissar bei den Hypothekenbanken, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1962, S. 668 f.
- Koch, Hans-Joachim Der Treuhänder nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz vom 6. Juni 1931
Göttinger Dissertation 1939
- Kötz, Hein Trust und Treuhand, Göttingen 1963
- Kohler, Josef Hypothekenbanktreuhänder, in: Bankarchiv, VI. Jahrgang (1907) Nr. 10, S. 121 f.
- Kohler, Josef Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891
- v. Krauss, Rupprecht Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht. Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht, Hamburg, Heft 44, 1955.
- Kroeber, Wilhelm Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes.
Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, 27. Heft, Stuttgart 1931
- Kropp, Manfred Rechtsnatur und Rechtsstellung des Treuhänders, insbesondere des Vermögenstreuhänders in der US-Zone.
Tübinger Dissertation 1953
- Kummert, Paul Private Hypothekenbanken, in: Handbuch des Realkredits, hrsgg. v. Steffan, Frankfurt/M. 1963
- Lehmann, Karl Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912
- Lehnert, Hans Die Rechtsstellung des Custodians bei der Vermögenskontrolle nach dem Gesetz Nr. 52 der Militärregierung.
Göttinger Dissertation 1950

- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln, Berlin, München, Bonn 1961
- Lént, Friedrich Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, in: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 62, 1941, S. 129 f.
- Lobscheid, Hans Gert Der Treuhänder für das Deckungskapital privater Versicherungsunternehmen. Berlin 1963
- Lobscheid Die Stellung des Treuhänders in der Versicherungswirtschaft, in: Versicherungsrecht, 1956, S. 462 f.
- Löhr, Joseph Das Hypothekendarlehen vom 13. Juli 1899. Leipzig 1906
- Löhr, Joseph Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Hypothekendarlehen. Leipzig 1908
- Lösch, Kurt Der Begriff der "amtlichen Funktion" Jenaer Dissertation 1934.
- Lützeler, Jvo Vorschläge zum Entwurf eines Hypothekendarlehensgesetzes. Weimar 1898
- Mackenthun, Rolf Beamte als Treuhänder bei Pfandbriefinstituten, in: Der langfristige Kredit, 1960, S. 75 f.
- Maitland, F.W. Trust und Korporation, in: (Grünhuts) Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. Wien 1904, 32. Bd., S. 1 f.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar. München und Berlin 1964
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., II. Bd., München und Leipzig 1924
- Merk, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., Berlin 1962
- Merzbacher, Sigmund Hypothekendarlehen vom 13. Juli 1899. München 1900

- Merzbacher, Sigmund Der Treuhänder des Reichshypothekenbankgesetzes, in: Bankarchiv, V. Jahrgang, S. 260 f.
- Michael, Konrad Öffentliche Treuhand. Arbeiten zur Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte, Bd. II, Karlsruhe 1948
- Mössner, Karl Eugen Das Deutsche Bodenkreditsystem. Berlin 1934
- Müller-Fürer, Th. Die Hypothekenbank-Prozesse und der deutsche Kapitalist. Berlin 1904
- Müller-Fürer, Th. Die Hypothekenbanken und die Sicherheit der Hypotheken-Pfandbriefe. Berlin 1902
- Nachod, Walter Treuhänder und Treuhandgesellschaften, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Ergänzungsheft 28, 2. Aufl., Tübingen 1926
- Nord, Walther Das Recht des Treuhänders. Berlin 1927
- Nordmann, Arthur Die Partei kraft Amtes. Erlanger Dissertation 1930
- Nußbaum, Arthur Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens. 2. Aufl., Tübingen 1921
- v. Oppenried, Robert Die Hypothekenanstalten in Deutschland und Österreich-Ungarn. 2. Aufl., Wien 1911
- Palandt Kommentar zum BGB.
24. Aufl., München und Berlin 1965
- Peters, Hans Die Zulassung von Hypothekenbanken, Frankfurt/M. 1959
- Philipp, Bernhard Die rechtliche Sicherstellung der Pfandbriefgläubiger in der Hypothekenbank-Gesetzgebung, Dissertation Jena 1912
- v. Poschinger, Heinrich Die Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaber-Papieren. München 1870
- Prause, Fritz Das Recht des Schiffskredits. Berlin 1954
- Pröhl, Hans Lexikon des Kreditwesens, Peine 1951
- Pröhl, Hans Kreditwesengesetz, Kommentar, Peine 1962

- Prölss, Erich R. Versicherungsaufsichtsgesetz.
4. Aufl., München u. Berlin 1963
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956
- Reichsgerichtsrätekomm. zum BGB
11. Aufl., III. Bd., 2. Teil, Berlin 1963
- Rhode, Heinz Juristische Person und Treuhand. Berlin 1932
- Riedl, Erich Die Bankenaufsicht in der Verkehrswirtschaft,
insbes. in Deutschland.
Erlangen-Nürnberger Dissertation 1962
- Rieger, Kurt Die Hypothekarkredit- und Pfandbrief-Institute
im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland
1948-1956. Bonner Dissertation 1957
- Riesser Zur Kritik der Gesetzentwürfe betr. das Hypothe-
kenbankwesen und d. gemeinsamen Rechte der
Besitzer von Schuldverschreibungen, in: Beilage-
heft zum 47. Bd. der (Goldschmidts) Zeitschrift
für das gesamte Handelsrecht, 1898.
- Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht. Lehrbuch.
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Rittner, Fritz Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe.
Recht und Staat, Heft 261/262
- Röh, Jens Die Stellung der Bankenaufsicht in der Wirtschafts-
ordnung des Grundgesetzes, Dissertation Hamburg
1965
- Schless, Robert Mittelbare Stellvertretung und Treuhand.
Leipziger rechtswissenschaftliche Studien,
Heft 66, Leipzig 1931
- Schmidt, Fritz Das Französische Hypothekenbankwesen, in:
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft,
66. Jahrg., Tübingen 1910, S. 73 f.
- Schmidt, Hans Walter Die Neufassung des Hypothekenbankgesetzes, in:
Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1962,
S. 781 f.

- Schmitz Der Treuhänder für den Deckungsstock (§§ 70 ff. VAG), in: Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift 1936, A, S. 23 f.
- Schork, Ludwig Gesetz über das Kreditwesen. 2. Aufl., Stuttgart 1963
- Schork, Ludwig Gesetz über das Kreditwesen, Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Schubert, Erich Sechs Jahrzehnte Hypothekendarstellung, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1959, S. 683 f.
- Schulte, Fritz Die Hypothekendarstellung, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 154. Bd., II. Teil, München und Leipzig 1918
- Schultze, Alfred Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 43. Bd., (2. Folge: 7. Bd.), S. 1 f.
- Schulze, Lothar Die Staatsaufsicht über das Deutsche Hypothekendarstellung. Hannover 1913
- Schumacher, Adolf Treuhand und Reichsgericht. Kölner Dissertation 1931
- Seidel Die Bedeutung des Reichshypothekendarstellungsgesetzes für die Verwaltungsbehörden, in: Preuß. Verwaltungsbl. 1902, S. 577
- Seidel Die rechtliche Sicherung der Pfandbriefgläubiger nach dem Reichshypothekendarstellungsgesetz, in: (Holdheims) Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1902, S. 177 f.
- Sichtermann-Unglaub-Prause Die drei Realkreditgesetze. München 1963
- Siebert, Wolfgang Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. 2. Aufl., Marburg 1933
- Sombart, Werner Die Juden und das Wirtschaftsleben, Leipzig 1911

- Sonntag Die Rechtsmittel gegen Anordnungen der den Hypothekenbanken übergeordneten Aufsichtsbehörde, in: Bankarchiv, IV. Jahrgang, S. 20 f.
- Spelsberg Öffentlich-rechtliche Bodenkreditinstitute, in: Handbuch des Realkredits, hrsgg. v. Steffan Frankfurt/M. 1963
- v. Spreckelsen, Hans Der Begriff des privatrechtlichen Amtes unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung. Studien zu Erläuterungen des bürgerlichen Rechts, 41. Heft, Breslau 1927
- Sprengel, Hans-Erhardt Staatsaufsicht und Bankaufsicht bei öffentlichen Kreditinstituten, in: Sparkasse, 1950, S. 29 f.
- Staudinger BGB-Kommentar, V. Bd., 10./11. Aufl., Berlin 1960
- Steiner-Riedel Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 7. Aufl., Berlin 1956
- Steinert, Herbert Die Bankenaufsicht als Problem des Verwaltungsrechts und der Verwaltungspraxis, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung usw., 1955, Heft 4, S. 63 f.
- Steffan, Franz Handbuch des Realkredits. Frankfurt/M. 1963
- Stordel, Harry Die dingliche Rechtsstellung des öffentlich-rechtlich bestellten Treuhänders. Nürnberger Dissertation 1956
- Szagun-Neumann Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961. Stuttgart 1961
- von der Thüsen, E. Der Amtstreuhänder bei Hypothekenbanken und Versicherungsgesellschaften, in: Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. 34. Jahrgang 1935, S. 228 f.
- von der Thüsen, E. Treuhänderfragen, in: Juristische Rundschau für die Privatversicherung. 1936, S. 139 f.

- Triepel, Heinrich Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding, 1911, Bd. 2, S. 1 f. und Sonderdruck.
- Turegg-Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 4. Aufl., Berlin 1962
- Unglaub, Walter Das Gesetz der privaten Hypothekenbanken, in: Der langfristige Kredit 1963, S. 81 f.
- Unglaub, Walter Zur bevorstehenden Novellierung des Hypothekenbankgesetzes, in: Der langfristige Kredit, 1962, S. 303 f.
- Voges, Heinz Der Treuhänder in den Reichsgesetzen. Göttinger Dissertation 1931
- Weber, Alois Die Rechtsnatur der Genehmigung nach § 1 des Hypothekenbankgesetzes. Würzburger Dissertation 1961
- Wegener, Eduard Zur Vorgeschichte des Pfandbriefes, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 44. Jahrg., 3. Heft, S. 173 f.
- Wille, Siegfried Die Rechtsstellung des Treuhänders im Hypothekenbankgesetz. Erlanger Dissertation 1908
- Wittenberg, Max Praktische Beiträge zu einem Reichs-Hypothekenbank-Gesetz, in: Volkswirtschaftliche Zeitfragen, Jahrg. XXI, Heft 161/162; Berlin 1899
- Wolff-Raiser Lehrbuch des Sachenrechts. 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
- Wolff, Hans J. Organschaft und Juristische Person. 2. Bd., Theorie der Vertretung. Berlin 1934
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I
6. Aufl., München u. Berlin 1965
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht II
Organisations- und Dienstrecht.
München und Berlin 1962

Zimmerer-Schönle

Kreditwesengesetz.
Wiesbaden 1962

Zimmermann

Register- und Treuhänderfragen bei Hypotheken-
banken, in:
Bank-Archiv, 1931, S. 319 f.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Bundesgerichtshof (Zivilsachen)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
E	Entscheidungssammlung
EG BGB	Einführungsgesetz zum BGB
EG KO	Einführungsgesetz zur KO
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

Hans. OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HypBG	Hypothekenbankgesetz
i. d. S.	in diesem Sinne
i. V.	in Verbindung
i. S.	im Sinne
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KWG	Kreditwesengesetz
Leg. Per.	Legislaturperiode
LG	Landgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MRG	Militärregierungsgesetz
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	(preußisches) Oberverwaltungsgericht
Rdn.	Randnummer
RFH	Reichsfinanzhof
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRKomm.	Reichsgerichtsrätekommmentar
RGZ	Reichsgericht (Zivilsachen)
RStBl.	Reichssteuerverordnungsblatt
S.	Seite
s.	siehe
Sess.	Session

Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
Urt.	Urteil
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerglO	Vergleichsordnung
Verh.	Verhandlungen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsverwaltung und Zwangs- versteigerung

LEBENS LAUF

Am 12. September 1929 wurde ich als Sohn des Schlossermeisters Franz Praxl und seiner Ehefrau Marie geb. Hopfinger in Wallern im Böhmerwald geboren. Dort besuchte ich die Volksschule und anschließend bis Anfang 1945 in Prachatitz die Oberschule. Nach der Vertreibung kam ich Ende 1946 nach Waiblingen/Rems, wo ich weiter zur Oberschule ging und 1949 die Reifeprüfung ablegte.

Bis 1953 war ich dann im Rahmen des Vorbereitungsdienstes für den gehobenen württ. Verwaltungsdienst bei Gemeinde- und Kreisverwaltungen tätig. Den einjährigen Besuch der Staatl. Verwaltungsschule in Stuttgart schloß ich 1954 mit der Inspektorenprüfung ab. In den folgenden drei Jahren war ich Kreditsachbearbeiter bei der Württ. Hypothekenbank in Stuttgart.

Im Wintersemester 1957/58 begann ich an der Universität Hamburg das bislang aufgeschobene Rechtsstudium, welches ich nach einem Jahr in Freiburg/Brsg. fortsetzte. Dort legte ich im Frühjahr 1961 die erste juristische Staatsprüfung und nach dem üblichen juristischen Vorbereitungsdienst im Sommer 1965 in Stuttgart die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit Oktober 1965 bin ich als Rechtsrat bei der Württ. Hypothekenbank tätig.

